



القانون الدولي للصراع العربي

تأليف

حامد زك

دكتور في العلوم القانونية والاقتصادية والسياسية
أستاذ القانون المدني والقانون الدولي الخاص بكلية الحقوق

الطبعة الأولى

١٣٥٥ هـ - ١٩٣٦ م

مطبعة نوري بالقاهرة

للمؤلف

(أ) باللغة العربية

- ١ — التكاليف العينية والالتزامات الشخصية (مجلة القانون والاقتصاد السنة الأولى) .
- ٢ — التوفيق بين القانون والواقع (مجلة القانون والاقتصاد في السنتين الأولى والثانية) .
- ٣ — عقد التوريد وتغير الظرف الفجائي (مجلة القانون والاقتصاد السنة الثانية) .
- ٤ — المحاكم الأهلية والأحوال الشخصية (مجلة القانون والاقتصاد السنة الرابعة) .
- ٥ — تغيير الديانة وآثاره (مجلة القانون والاقتصاد السنة الخامسة) .
- ٦ — تعليقات على الأحكام في المواد المدنية (مجلة القانون والاقتصاد) .
- ٧ — مذكرات في النظرية العامة في الإثبات (١٩٣٢ — ١٩٣٣) .

(ب) باللغة الفرنسية

1. — L'imprévision dans le droit anglais comparé, Paris, 1930.
2. — La construction sur le terrain d'autrui, (L'Egypte Judiciaire, 1931-1932).
3. — La formation et la non-exécution des contrats en générale, (Revue Al-Kanoun Wal-Iktisad, 1932).
4. — L'assurance-responsabilité, (L'Egypte Judiciaire, 1933).
5. — Vers une réglementation légale de la co-propriété avec indivision en Egypte, (Bulletin de la Société Française de Législation Comparée, 1933).
6. — La nationalité de la femme mariée, (Revue Al-Kanoun Wal-Iktisad, 1934).
7. — L'exécution des jugements étrangers, (Idem).

بسم الله الرحمن الرحيم

فاتحة الكتاب

آفة التأليف الاسراع فيه ، وخير التأليف ما جاء ثمرة بحث وتفكير طويلين . تلك حقيقة ناصعة لا يجحدها الا المكابرون . الا أن العمل على مقتضاها مضم وعسير ، يحتاج الى طول صبر وكبير أناة . ولكن طوبى لمن يضعها نصب عينيه ، فجزاؤه الرضا يسبغه عليه . كل من أتيح له تقدير جهوده ووزن متاعه . ولا يلمس صعوبة التأليف حقيقة الا من حاول ادراكه والزج بنفسه بين طائفة المؤلفين . ولقد شعر كاتب هذه السطور بتلك الصعاب يوم وجب عليه وضع رسالة لنيل شهادة الدكتوراه بكلية حقوق باريس . أيقن عندئذ أن التصنيف بعيد عن أن يكون هينا ، وأن الاتقان فيه عزيز المنال ، وليس على الكاتب الا أن يقنع ببذل أقصى جهده قصر أو طال . ولقد كان المقصود وقتئذ ، وضع رسالة لا تعدو في أغراضها الدفاع عن وجهة نظر معينة في موضوع ضئيل منتزع من فرع من فروع القانون ، فما بالك والمراد اليوم وضع مؤلف شامل في مادة قانونية عرفت في العالم القانوني بوعورة مسالكها ودقة موضوعاتها ؟

ولما كان الاشتغال بمهنة التدريس مؤديا في الغالب الى الاشتغال بالتأليف ، رأيت من واجبي أن أترسم ، على قدر المستطاع ، خطى الأساتذة الذين أفنوا حياتهم بين جدران الكليات والجامعات ، يعملون للعلم ومن أجل العلم . أولئك الذين تركوا حولهم ومن خلفهم آيات بينات ، ناطقة بفضلم ، وشاهدة بعلو كعبهم . رأيت هؤلاء الجهابذة الأخيار لا يقدمون على وضع مؤلف كامل في فرع من فروع القانون الا بعد أن يكونوا قد مهدوا له خلال سنوات متعاقبة بأبحاث جزئية ، موسعة ومقارنة ، حتى اذا ما شعروا أنهم قد تغلغلوا في حنايا المادة القانونية ، ووقفوا على أسرارها وطرائقها ، وأنها قد نضجت في أذهانهم كل النضوج أخرجوا للناس مؤلفات جديدة بهذا الاسم .

ولم يسرف قط أن كاتباً أسرع الخطى في وضع مؤلف ، تحقيقاً لشهوة جاشت بصدوره ، دون أن يعثر ويكبو كبوات يصعب عليه القيام بعدها . فالثابت الذي

لا مرد له أن وضع مؤلف شامل يجب أن يستند الى دراسات خاصة سابقة تدعمه .
وبدهى أنه لا يمكن اخراج هذه الدراسات الى حيز الوجود في طرفة عين بل
لابد من الوقت ، والوقت هنا معناه السنوات ، بل ان شئت عشرات السنوات .
ويؤلمنى أن أقرر هنا أن جانبا كبيرا من المؤلفين المصريين قد أهمل
المبادئ السليمة السابقة . فمنهم من حاول القفز الى القمة مباشرة متعاميا عن
جميع العقبات الماثلة في طريقه ، فأخفق في قفزته ، وباء بالخسران ، وأحجم
الناس عن تقدير مجهوده ، ولم يستفد العالم القانونى المصرى من هذه المحاولات
وأشباهاها شيئا مذكورا . وآية ذلك أن النابهين من رجال القانون يكررون
صباح مساء ، أننا فقراء في الأدب القانونى رغم فوات ستون عاما تقريبا على
انشاء معهد للدراسات القانونية في مصر .

ولا أحاول أن أبين هنا الأسباب المختلفة لهذه الحال التى لا نغبط عليها ،
بل أكتفى بتكرار ما قلته من قبل وهو أن للتأليف نقطة بداية يجب البدء
منها ، والتدرج بعد ذلك ، وأن من الحق البدء بالنهاية ، فالطفرة مكروهة في كل
شئ وبخاصة في التأليف ، اذ لا يمكن للمؤلف المبتدىء أن يخرج ما يقدر على
اخرجه المؤلف المدرب الذى أمضى سنى حياته في الدرس والتحصيل والكتابة
والمحاضرة . وان التربص السنوات الطوال دون اخراج مؤلفات شاملة ليس
عبثا أو تكاسلا ، بل قد يكون تبصرا وتعلقا بأهداب الكمال ، وان الاسراع في
الايخراج لا ينم عادة عن ذكاء أو عبقرية ، وانما ينم عن سوء ادراك أو على
الأقل استهتار بأحلام القراء والباحثين .

وكان في نيتى اتباعا للخطة القويمة السالفة أن لا أضع مؤلفا شاملا في مادة
قانونية قبل فوات عشر سنوات على الأقل في الاشتغال بالتدريس ، ولكن
شاءت الظروف أن يكون ذلك بعد مضي ست سنوات فقط ، والحق أننى عاجلت
في خلال الفترة السابقة شتى الموضوعات في القانون المدنى والقانون الدولى الخاص
تدريسا وتأليفا ، وبذلك يمكننى أن أطمئن ، بعض الاطمئنان على الأقل ، الى
خبرتى بالعمل الذى آليت على نفسى القيام به . على أننى أعتبر كتابى ، الذى أقدمه
اليوم ، ثمرة سابقة لأوانها ، وربما كان من الأوفق أن لو صبرت بعض الوقت حتى
يكمل نضجه فقد يتاح له وقتئذ مقعدا ساميا في العالم القانونى المصرى بل وفي العالم

القانونى العالمى . ولكنى رأيت ، رغم ما تقدم ، أن أبدأ منذ الآن بمحاولة فى سبيل وضع مؤلف شامل حتى اذا شعرت بقدرتى على المضى فى الطريق بأمان تجدد فى نفسى الأمل ببلوغ الغاية السامية التى أصبو اليها ، وأرجو أن أحققها بعون الله ، ان امتد بى عهد التدريس عدة من سنوات أخر .

وانه ليسرنى ، بهذه المناسبة ، أن أشيد بفضل الأساتذة الذين تقدمونى فى تدريس مادة القانون الدولى الخاص بكلية الحقوق ، فقد أخرجوا مؤلفات شاملة وأبحاث خاصة ، وضعوها بمختلف اللغات ، فيها نور وهداية ، ولكل منها طابعه الخاص به . وهكذا يتعدد المؤلفون فى نفس المادة ولكنهم يتميزون ويختلفون . والواقع أنه تسيطر على عملية التأليف جملة عوامل ، ليس هنا مجال بيانها ، ومع ذلك فإن أهمها ، فى نظرى ، هو حسن اختيار المراجع التى يمكن الاعتماد عليها . ففى كل مادة قانونية نجد من المراجع ما تنوء بحمله الجبال الرواسى ، واذا توفر المؤلف على قراءتها جميعا لأفنى دهره دون أن يصيب غايته ويحقق بغيته ، وبخاصة اذا راعينا تجدد هذه المراجع بين آونة وأخرى وانما تظهر البراعة واللباقة فى تخيرها . ولا يقف الأمر عند حد المؤلفات العامة الشاملة بل يتجاوزها الى الأبحاث الخاصة التى تظهر فى شكل رسائل ومقالات ، وهذه الأخيرة ، هى العاد الحقيقى للتأليف السليم . وعلى الأساس السابق يتميز مؤلفى ، بدورهم ، عن غيره بمميزات خاصة ، أترك لغيرى تقديرها . وأهمها أننى حاولت اعطاء صبغة وطنية ظاهرة ، فلم أنظر الى القانون الدولى الخاص باعتباره قانونا دوليا ، وانما نظرت اليه وعالجته على اعتبار أنه قانون وطنى مصرى . يظهر ذلك فى تسمية الكتاب ، كما يظهر ، على وجه أجلي ، فى منهج البحث والتقسيمات التى اتبعتها فى بسط المسائل ، اذ عنيت ، على قدر الامكان ، بعرض النصوص التشريعية المصرية — مصدرها ، تاريخها ، أحكامها ، تقدها وكيفية تطبيقها فى العمل ، أى أحكام جهات الاختصاص المختلفة بشأنها — كل هذا وضعت فى المكان الأول . ولا شك عندى فى أن القارئ سيشعر سريعا أنه يقرأ القانون الدولى الخاص المصرى لا القانون الدولى الخاص الأجنبى أو المقارن . ومن هنا كان لهذا الكتاب مميز آخر هو صبغته العملية البارزة ، اذ فرقت تفريقا حاصبا فى موضوع تنازع القوانين بين الجزء العام ، وموضوعه تاريخ نظريات تنازع القوانين ، والجزء الخاص وموضوعه تنازع

القوانين في مصر. فالجزء الأول هو التراث المشترك بين جميع الأمم المتمدنية ، أما الجزء الثاني فهو مقدار تفاعل هذه النظريات والمبادئ وحظها من التطبيق في مصر . وعلى هذا الوجه ميزت بين المجرد والمحسوس ، كل منهما في صعيد خاص به . ولم تقف هذه الخطة حائلا بيني وبين الإشارة ، اذا ما تهيأت الفرصة ، الى ما تقول به التشريعات الأجنبية وأيضا الى ما يقضى به القضاء الفرنسي ، كل مرة أعوزني فيها القضاء المصري ، وذلك نظرا للروابط الأكيدة بين القضاءين . وان ما أطمح اليه باخراج هذا الكتاب لا يتجاوز تحقيق أغراض أربعة :
أما أولها ، فهو أن يجد فيه طلبة الحقوق ما يكفي لتكوينهم تكويننا صالحا في هذا الفرع من القانون ، ولذا رأيت أن لا أحشد المعلومات كلها في صعيد واحد بل هبطت بالتفصيلات منها الى الحواشي التي استطالت في الكثير من الأحيان ، حتى اذا ما ألقى الطالب عليها نظرة شعر أن وراء هذا الكتاب آفاقا شاسعة متسعة الأرجاء ، وان العلم لا يقف عند حدود ما يلقي داخل الكلية . وأما ثانيها ، فهو أن يجد فيه أهل العمل هاديا في حل المشاكل التي تعرض لهم ^(١) ، ومن أجل ذلك أوردت به من المراجع العامة والخاصة والمقالات والأبحاث والأحكام ما يشبع ميول الباحث المدقق ، وكثيرا ما أوجزت الرأي الموجود فيها تسهيلا على الباحثين . وأما ثالثها ، فهو معاونة القائمين بالتشريع ، وذلك بإيضاح مواطن النقص والعموض في تشريعنا ، حتى اذا آن أوان الإصلاح وجدوا فيه عوننا وعضدا . وأما رابعها وآخرها ، فهو محاولة أن أخطو بالتأليف العلمي في مادة القانون الدولي الخاص خطوة الى الأمام ، تاركا لمؤلفي هذه المادة أن يخطوا بها في المستقبل خطوات أوسع في سبيل رقي العلم القانوني في بلدنا العزيز .

والله ولي التوفيق

هاسد زكي

القاهرة في ١٠ أغسطس سنة ١٩٣٦

(١) ونشير بهذه المناسبة الى أن تغير الحالة السياسية في الشرق وانقسامه الى دول مستقلة (عقب معاهدة لوزان سنة ١٩٢٣) لكل تشريعها الخاص بها من شأنه أن يزيد من مسائل تنازع القوانين والاختصاص التي يمكن أن تعرض أمام المحاكم الأهلية ، ومن جهة أخرى فان ما ينتظر من تغير سياسي في حالة مصر من شأنه أن يتيح للمحاكم الأهلية أن تسترد سيادتها القضائية ومن ثم تأخذ مسائل تنازع القوانين مكانتها اللائقة بها أسوة بما عليه الحال في محاكم البلاد المستقلة .

مقدمة عامة

الفصل الأول

موضوع القانون الدولي الخاص وتعريفه

١ — اصطلاح القانون الدولي الخاص حديث ، نشأ في غضون القرن التاسع عشر . وأول من استعمله في العالم القانوني هو الكاتب الأمريكي Story^(١) فقال به كمرادف لاصطلاح Conflict of Laws الذي كان شائعا في ذلك الوقت ولقد صادف الاصطلاح الجديد نجاحا عند الكتاب والمؤلفين فعمدوه ، وأحلوه محل الاصطلاح القديم . ولكن هل احتفظوا له بمدلول هذا الأخير ، أو أصبح يدل عندهم على معان أخرى ؟

٢ — للإجابة عن هذا السؤال يجب أن نرجع الى التعريفات التي وضعوها لتحديد معنى الاصطلاح الجديد ، ومن ثم تقارنهما بمدلول الاصطلاح القديم . فاذا فعلنا ذلك فأننا نقف حائرين أمام الاختلافات الكبيرة في التعريفات . وليس من الصعب في شيء الوقوف على العلة ، اذ الخلافات مستعرة بين الكتاب على الموضوعات الداخلة في نطاق هذا الفرع من القانون^(٢) . وظاهر أنه اذا قام الخلاف على عناصر المعرف ، أصبح من غير الممكن الوصول الى وضع تعريف له يقره الجميع .

(١) راجع كتابه المعنون Commentaries on the Conflict of Laws الذي أخرجه في سنة ١٨٣٤ . وقد طبع ثمان مرات ، الطبعة الأخيرة منها في سنة ١٨٧٢ . وفيه استعمل اصطلاح Private International Law وكذلك راجع مؤلف Dicey طبعة ثالثة ١٩٢٢ Digest on the Conflict of Laws ، وانظر أيضا Pillat-Niboyet . ٣٨٢ .

(٢) فن الكتاب من ضيق في نطاق القانون الدولي الخاص فجعله مقصورا على تنازع القوانين ، ومنهم من وسع في نطاقه فجعله شاملا لموضوعات أخرى كالجنسية وحالة الأجانب كما سنرى فيما بعد . بند ٣٩ .

٣ — فالتعريفات اذن كثيرة ، وليس من المصلحة فى شىء مواجهة القارىء ، منذ البداية ، بتعريف جديد ، قد يقرب من بعض التعريفات القديمة ، أو يبعد عنها ، على قدر اتحاد المؤلف فى وجهة النظر مع غيره ، أو اختلافه معهم ، نعم ، ان الابتداء بوضع تعريف لهذه المادة متفق كل الاتفاق مع أصول المنطق ، الا أنه يعيبه من جهة أخرى ، الصعوبة الكبرى فى فهم مرمى صيغة تقوم غالبا على عناصر تصويرية بحتة *abstrais* . ومن يرجع الى كتب المؤلفين الذين اتبعوا هذه الطريقة المنطقية يشعر بذلك سراحا^(١) . لذلك آثرنا اتباع طريقة أخرى^(٢) مبناها بيان ما تتميز به العلائق القانونية التى تحكمها قواعد القانون الدولي الخاص ، والموضوعات التى تتناولها هذه القواعد . كل ذلك بطريقة موجزة حتى اذا انتهينا منه أمكننا وضع تعريف نهائى يصح الركون اليه .

٤ — وتتميز العلائق القانونية التى تحكمها قواعد القانون الدولي الخاص بوجود ما هو أجنبى فى أحد عناصرها على الأقل ، وذلك بخلاف العلائق القانونية الأخرى ، التى تعتبر وطنية بحتة لأن جميع عناصرها تتصل بدولة معينة دون غيرها . فقواعد القانون المدنى الألمانى مثلا تحكم العلائق القانونية المدنية التى تنشأ بين الرعايا الألمان فى الاقليم الألمانى نفسه . وعلى ذلك يمكننا القول بأنه توجد داخل حدود كل دولة متعدينة طائفتان من القواعد القانونية . أما الطائفة الأولى فموضوعها بيان الحكم الواجب اتباعه للفصل مباشرة فى العلائق القانونية *rapports de droit* الوطنية فى جميع عناصرها ، ومثالها قواعد القانون المدنى أو القانون التجارى . . . الخ . وأما الطائفة الثانية ، فموضوعها تعيين القانون

(١) ولقد أورد المرحوم الدكتور عبد الحميد أبو هيف بك ١٤ — ١٦ نحو ثمانية عشر تعريفا للمؤلفين المختلفين ، يتميز كل منها بطابع خاص ولا يمكن أن تقدم المبتدئ كثيرا فى بيان العرف . وانظر أخيرا تعريف *Pillet-Nihoyet* . ١ .

(٢) وقد اتبع هذه الطريقة عدد كبير من الكتاب الحديثين ومنهم *Bartin* . ١ . ١ . وما بعدها ، و *Dicey* . ٢ . و *Lévy-Ullmann* فى دروسه بكلية حقوق باريس سنة ١٩٣١ — ١٩٣٢ . ٣ . والدكتور على الزينى . ٥ .

الواجب التطبيق على العلائق القانونية الأجنبية في أحد عناصرها على الأقل ، وذلك لأن تمييز العلاقة القانونية بوجود عنصر أجنبي فيها ، من شأنه أن يوجد عادة تنازع *conflict* بين قوانين مختلفة الجنسية ^(١) ، يدعى كل منها حكم هذه العلاقة من حيث الموضوع .

وعلى ذلك يكون مدار الرجوع الى احدى هاتين الطائفتين دون الأخرى هو معرفة ما اذا كانت العلاقة القانونية وطنية في جميع عناصرها أو لا . فاذا كانت وطنية في جميع عناصرها رجعنا الى الطائفة الأولى ، وليس هذا موضوع دراستنا هنا . أما اذا كانت أجنبية في أحد عناصرها رجعنا الى الطائفة الثانية ^(٢) وهذا ما يهمننا الآن .

٥ — ولكن ما هي العلاقة القانونية ؟ وما هي عناصرها ؟ عرفنا العلامة Savigny على الوجه الآتي « العلاقة القانونية هي العلاقة بين شخص وآخر محكومة بقاعدة قانونية » . ولقد أصبح هذا الاصطلاح *Rapport de droit* شائعا في كل مؤلفات القانون الدولي الخاص ، ويرجع الفضل في ابتكاره الى الأستاذ السابق الذكر . ويجب أن لا نخلط بينه وبين الالتزام . فالعلاقة القانونية أعم وأشمل من الالتزام ، فمثلا العلاقة القانونية بين البائع والمشتري يترتب عليها

(١) والمقصود قوانين دول متعددة ، كل دولة منها مستقلة عن الأخرى ، اذ ليس للقوانين جنسية الا من طريق المجاز . فتنازع هذه القوانين على حكم العلاقة القانونية يظهر بجلاء صحتها الدولية ، واتصالها بجملة دول في وقت واحد . كما انه يظهر من الجهة الأخرى ، مقدار التشكك في معرفة القانون الذي يحكم العلاقة من حيث الموضوع . ولا يخفى مقدار تأثير ذلك في حقوق الأفراد والتزاماتهم نظرا للاختلافات في الأحكام بين التشريعات . راجع مقال Sulkowski . مجلة أكاديمية لاهاي . ٤١ . ٦٠٧ وما بعدها .

(٢) ويقصد بها قواعد القانون الدولي الخاص . ونسارع الى توجيه الأنظار الى أن اسم القانون الدولي الخاص في ذاته لا يدل دلالة كافية على طبيعة المسائل التي يهتم بحلها ، بخلاف اسم القانون المدني أو القانون الجنائي ، اذ يشعر صراحة بنوع المسائل التي يفصل فيها . وسنعود الى ايهام التسمية السالفة في مكان آخر . انظر بند ٦٧ .

وجود الالتزامات فى ذمة كل منهما .

٦ — وتتكون العلاقة القانونية من عناصر *éléments* ثلاثة : أولا . سبب منشئ *fait générateur* سواء كان هذا السبب تصرفا قانونيا كبيع أو وصية ، أو حادثة قانونية كجنحة أو شبه جنحة ، أو نصا فى القانون كما هى الحال بشأن الولاية والوصاية . ويتعين السبب المنشئ بالزمان والمكان لأنه يتم فى تاريخ معين وفى مكان معلوم . ولهذا التعيين أهميته فى اختيار القانون الواجب تطبيقه على العلاقة القانونية كما سنعرفه حالا . ثانيا . أشخاص العلاقة القانونية *les sujets* سواء كان هؤلاء الأشخاص دائنين أو مدينين ، أصحاب حقوق أو ملتزمين ، فهناك المشتري والبائع ، والمضار وفاعل الضرر ، والولى والطفل ، والوصى والقاصر . . الخ ويخضع أشخاص العلاقة القانونية بدورهم للزمان والمكان ^(١) كما رأينا بالنسبة للسبب المنشئ . ثالثا . موضوع العلاقة القانونية *objet* وهذا الموضوع اما أن يكون الالتزام بدفع مبلغ من النقود مثلا أو نقل ملكية شئ معين ، منقولا كان أو عقارا أو أداء عمل أو الامتناع . ويتحدد هذا الموضوع أيضا بالزمان والمكان .

٧ — وتحديد هذه العناصر الثلاثة بالزمان والمكان له أهمية كبرى فى اختيار القانون الواجب تطبيقه فى النهاية على العلاقة القانونية من حيث الموضوع أى للفصل فى موضوعها . فمعرفة المكان الذى تم فيه التصرف يرشدنا الى القانون الذى يحكمه على الأقل من حيث الشكل ^(٢) ، وأما معرفة زمان حصوله فن مقتضاه الامتناع عن تطبيق قانون آخر سابقا كان أو لاحقا للقانون

(١) فوجود الشخص فى مكان معين وقت رفع الدعوى قد يكون سببا فى اختصاص محاكم الدولة بالنسبة له كما هى الحال فى المادة ١/١٤ مدنى مختلط .

(٢) وذلك وفقا لقاعدة (شكل العقد خاضع لقانون بلد ابرامه) *Locus regit actum* وهذه القاعدة تكاد تكون عالمية وتحتل استثناءات كثيرة كما يرى فى المادة ٦٨١/٥٥٧ مدنى أهلى ومختلط .

الذى كان سائدا اذ ذاك^(١) ، كما أن معرفة جنسية الشخص أو موطنه وقت التصرف (الوصية مثلا) يرشدنا عن القانون الذى يحكم صحتها سواء كان قانون جنسيته أو موطنه على حسب التشريعات المختلفة ، وفى النهاية فإن مكان المنقول وقت التصرف يرشدنا عن القانون الذى يحكم انتقال ملكيته .

٨ — فاذا كانت العلاقة القانونية وطنية فى جميع عناصرها كأن يكون البيع قد تم فى مصر بين مصريين وتعلق بعقار موجود بها ، فإن قواعد القانونى المدنى المصرى هى الواجبة التطبيق عند حصول أى نزاع بين الطرفين . أما اذا كانت العلاقة أجنبية فى أحد عناصرها كما اذا تعاقد مصريان أثناء اقامتهما فى فرنسا بشأن مال موجود فى مصر فهل يطبق على تعاقدتهما القانون المصرى ، باعتباره قانون جنسيتهما أو باعتباره قانون موقع المال ؟ أو يطبق القانون الفرنسى باعتباره قانون المكان الذى تم فيه السبب المنشئ للعلاقة القانونية ؟ للإجابة عن هذا السؤال يجب الرجوع الى قواعد القانون الدولى الخاص المصرية ، أو بعبارة أخرى الى الطائفة الثانية من القواعد القانونية .

وفى المثل السابق كانت العلاقة القانونية أجنبية بسبب كون السبب المنشئ لها قد تم فى مكان أجنبى . ونورد الآن مثلا آخر لعلاقة قانونية ذات عنصر أجنبى بسبب كون موضوعها objet موجودا فى الخارج . كما اذا تعاقد مصريان فى

(١) وهو ما يسمونه فى الوقت الحاضر *Conflit de droit intertemporel* أى تنازع القانون الزمنى . ويحصل ذلك عادة عند ضم بعض أراضى الى دولة ما . فهل يؤخذ بقوانين الدولة القديمة أو بقوانين الدولة الجديدة ؟ وكذلك عند اكتساب الشخص لجنسية أخرى خلاف التى كانت له وقت التصرف القانونى . فهل يطبق قانون جنسيته وقت التصرف أو قانون جنسيته وقت رفع الدعوى ؟ هذا ما تبينه أيضا قواعد القانون الدولى الخاص . وقد أثار هذه المسألة أبحاثا متعددة . ومنها كتاب لواقعه Paul Roubier « نظرية عدم رجعية القوانين » باريس ١٩٢٩ . وكذلك يمكن الرجوع الى مؤلف Makarov . ٢٤ . وسنرى فيما بعد أن هذه الصعوبات ستثار بشأن قانون الديانة الواجب التطبيق اذا ما حصل تغير فى ديانة أحد طرفى عقد الزواج المصريين .

مصر بشأن عقار في ايطاليا ، فيصح التساؤل عن أى القانونين واجب التطبيق . هل هو القانون المصرى باعتباره قانون جنسية المتعاقدين ، وقانون المكان الذى تم فيه السبب المنشئ للعلاقة القانونية ، أو بمباراة أخرى قانون محل العقد ، أو القانون الايطالى باعتباره قانون محل العقار ؟ فهنا أيضا يجب على المحاكم المصرية الرجوع الى قواعد القانون الدولى الخاص المصرية لحل هذا الاشكال أو التنازع . ويمكن أن ننسج على هذا المنوال للاتيان بأمثلة متعددة .

ووفقا لما تقدم كان من الواجب أن نرجع الى قواعد القانون الدولى الخاص المصرية اذا ما تعاقد مصرى مع ايطالى في مصر بشأن مال موجود بها ، وذلك لمعرفة ما اذا كان القانون الواجب تطبيقه هو القانون المصرى أو الايطالى . ولكن الأمر يحصل عملا على خلاف ذلك ، نظرا لأنه يوجد في مصر ما يسمى « بالتشريع المختلط » . وهو تشريع وضع لحكم العلاقات المالية التى تتم في مصر بين المصريين والأجانب الممتازين *les étrangers capitulaires* ^(١) . وهذا لا ينفي أصلا أن هذا النوع من العلاقات القانونية داخل بطبيعته في نطاق القانون الدولى الخاص بالنسبة للدول الأخرى التى لا توجد فيها امتيازات أجنبية ^(٢) . فحالتنا اذن خاصة ، والمفروض دائما أنها مؤقتة ، رغم طول المدة الماضية . وعلى أى الأحوال

(١) وان كانت المحاكم المختلطة لا تسلم بوجهة النظر هذه . بل تصر على أن التشريع المختلط يحكم جميع العلاقات بين المصريين والأجانب على العموم . ويظهر أن المحاكم المختلطة تريد أن تستبدل كلمة أجنبي بكلمة أوروبى . ففى كل مرة يكون النزاع بين مصرى (وطنى) وأوروبى ولو لم يكن تابعا لاحدى الدول الممتازة ، فانها تعطى نفسها حق الاختصاص . وليس هناك من رقيب عليها فى مسلكها هذا . على أن محكمة النقض المصرية فى أحكامها الأخيرة قد بينت ما فى ذلك من اعتداء صارخ على سيادة المحاكم المصرية ، وتحميل للنصوص التشريعية المختلطة بتفسيرات بعيدة المدى لم يقصدها واضعوها أصلا . راجع حكم محكمة النقض المصرية الصادر فى ٢٤ مايو سنة ١٩٣٤ محاماة — ١٥ — ١٧ وكذلك ٧ يونيه سنة ١٩٣٤ . محاماة — ١٥ — ٤١ .

(٢) اذ وجود التشريع المختلط عندنا إنما هو نتيجة لوجود الامتيازات كما سنبينه بعد فى الكتاب الرابع . وانظر حكم استئناف مختلط ٢٩ ابريل سنة ١٩٠٨ م . ت . م . ٢٠ — ٢٢١ .

فان هذا النوع من العلائق تحكمه في الأصل قواعد القانون الدولي الخاص التي تبين لنا القانون الواجب تطبيقه موضوعيا في هذه الحالة وهل هو القانون المصري (باعتبار عدم وجود التشريع المختلط) أو القانون الايطالى ؟ وعلى ذلك فالقانون المختلط يعتبر من هذه الوجهة قيذا يدخل على تطبيق قواعد القانون الدولي الخاص المصرية ، ويضيق بالتالى أحوال تطبيق القانون الأجنبي في مصر^(١) .

٩ — فتمى كانت العلاقة القانونية أجنبية في أحد عناصرها فانه يحصل التردد عادة في تطبيق القانون الوطنى ، اذ قد يوجد بجانبه على الأقل قانون آخر أجنبي ينافسه في ذلك ، سواء كان هذا القانون هو قانون جنسية أحد الطرفين أو قانون المحل الذى نشأ فيه سبب العلاقة القانونية أو قانون موقع المال . . . الخ فكيف يمكن التفضيل *preferentia* بين هذه القوانين المختلفة ؟ لنضرب الآن مثلا جديدا يظهر صعوبة التفضيل بطريقة أوضح . اذا تعاقد مصرى مع ايطالى في باريس على أن يسلم الثانى الى الأول في ميناء الاسكندرية بضائع كانت موجودة في ميناء اسبانية في ذلك الوقت . فما هو القانون الذى يحكم هذه العلاقة عند حصول المنازعة ؟ هل هو القانون المصرى باعتباره قانون بلد التنفيذ . *Lex loci solutionis* ، أو القانون الايطالى باعتباره قانون جنسية المدين أو موطنه *Lex nationalis* ، أو القانون الفرنسى باعتباره قانون محل العقد *Lex loci contractus* ، أو القانون الأسباني باعتباره قانون موقع المال *Lex rei situs* وقت التعاقد أو قانون المحكمة *Lex fori* التى رفع اليها النزاع باعتبار أنه قد رفع الى جهة اختصاص تابعة لدولة أخرى كما لو رفع أمام محكمة انجليزية^(٢) ، أو قانون ارادة المتعاقدين الذى وقع اختيارهما عليه ؟ فلمعرفة القانون الذى يحكم هذه العلاقة القانونية من حيث الموضوع يجب الرجوع الى قواعد

(١) ١٧ ابريل سنة ١٩١٣ جازيت ٣ . ١٣٩ . ٣٠٩ و ٩ يونيه سنة ١٨٩٢ .

م . ت . م . ٤ . ٢٥٥ .

(٢) نظرا لتوطن الايطالى في دائرتها مثلا .

القانون الدولى الخاص المصرية التى ستشير حتما بأفضلية قانون منها .
 ١٠ — واذا اعتمدنا على البيانات السابقة فى تعريف القانون الدولى الخاص ، فانا نقول ، بأنه مجموعة القواعد التى تبين القانون الواجب الاتباع من بين القوانين المختلفة الجنسية التى تتنازع فيما بينها حكم علاقة قانونية ذات عنصر أجنبى^(١) .

١١ — على أنه يلاحظ فى أمثلة التنازع التى أوردناها أن كلا من القوانين المتنازعة له سند يجوز له ، فى الظاهر على الأقل ، أن يطبق دون غيره على العلاقة القانونية . فهل هناك تنازع قوانين *conflits de lois* بالمعنى الحقيقى أو لا ؟ لا شك فى أنه اذا رفع النزاع أمام محكمة مصرية فانها ستطبق قواعد القانون الدولى الخاص المصرية التى تحدد لنا بدورها القانون الواجب التطبيق من بين هذه القوانين ، ويصح أن يكون هذا القانون فى النهاية هو القانون المصرى ، كما يصح أن يكون أى قانون آخر كالقانون الأسبانى أو الايطالى أو الفرنسى على النحو الذى بيناه .

فاذا كان القانون المصرى هو الذى سيطبق فى النهاية فليس هناك أى شذوذ ، لأن الأصل فى القوانين أن تسود فى اقليمها فالقانون المصرى يطبق فى مصر ، والقانون الفرنسى يطبق فى فرنسا وهكذا . فكل تشريع السيادة فى اقليمه دون غيره . ولكن اذا أباحت قواعد القانون الدولى الخاص المصرية تطبيق قانون أجنبى على العلاقة ذات العنصر الأجنبى فلا شك هنا فى وجود الشذوذ لأن القانون الأجنبى فى هذه الحالة سيطبق فى اقليم غير اقليمه الأصلى فكأن سيادة التشريع الأجنبى قد امتدت الى خارج اقليمه^(٢) .

(١) قارن هذا التعريف المؤقت بالتعريف الذى أورده الأستاذ Arminjon فى كتابه .

. ١٢٠ ١

(٢) وهذا ما دعا البعض الى النظر الى قواعد القانون الدولى الخاص باعتبار أنها قواعد مينة لتطبيق القانون من حيث المكان انظر Makarov . ٢٥ . ومؤلف Savigny . ٤٥ من الترجمة الانجليزية لوضعها Guntherie . عام ١٨٨٠ .

ولكن يرد على ذلك بأن قواعد القانون الدولي الخاص المصرية هي قواعد وطنية بحتة *purement nationale* اذ وضعها المشرع المصرى من تلقاء نفسه (هذا اذا كانت على شكل نصوص تشريعية^(١)) ويطبقها القاضى المصرى لأنه يأمر بأمر مشرعه . فاذا ما أشارت هذه القواعد بتطبيق قانون أجنبى فليس معنى ذلك أن هذا القانون يطبق لما له من سلطان أو سيادة *souveraineté* وإنما يطبق لأن المشرع المصرى ، صاحب السلطان فى مصر ، يرى تطبيقه فى هذه الحالة . فليس هناك اذا تنازع بالمعنى الحقيقى ، لأن التنازع يفترض المساواة بين القوانين المختلفة من حيث السيادة فى الاقليم . وعرفنا أن السيادة فى الاقليم هي فى الأصل للقانون الوطنى ، فاذا تخلى هذا الأخير عن حكم علاقة قانونية وأخضعها لقانون آخر أو لسيادة قانون آخر فما ذلك الا لأن المشرع الوطنى أمر به تحقيقا للعدالة وللصالح العام^(٢) .

١٢ — ويظهر أن اصطلاح « تنازع القوانين » ، الذى عرف منذ القرن الثالث عشر^(٣) ، كان يشعر بفكرة تنازع بين السيادات ، اذ نشأ فى عهد القوانين الاقطاعية التى كان يجب أن تسود فى اقليمها على جميع الناس دون تمييز ، ولذلك فان الكتاب الهولنديين مثل Paul Voet^(٤) ، هربا من حدة تلك الأفكار الاقطاعية ، رأوا استعمال اصطلاح آخر ، هو « تسابق القوانين » *Concours de statuts* . ويشعر هذا الاصطلاح بأن هناك مسألة بحتة بين القوانين ، أى ليس هناك تنازع ، فالحاصل أن كلا منها إنما يتسابق مع الأخرى

(١) اذ هناك قواعد كثيرة مبناها العادة . انظر بند ٧٠ .

(٢) راجع مقال الكاتب الانجليزى Harrison . فى Clunet . ١٨٨٠ . ٥٣٣ وما بعدها وكذلك مؤلف Lainé . ١ . ٧ وما بعدها وكتاب Arminjon . ١ . ١٦ .

(٣) وبعد هذا التاريخ مبدأ ظهور القواعد الخاصة بتنازع القوانين . فقواعد القانون الدولى الخاص حديثة العهد بالنسبة لغيرها من القواعد القانونية الأخرى .

(٤) وقد عاش من سنة ١٦١٩ ، الى سنة ١٦٧٧ .

لكى يفضل عليها فى حكم العلاقة القانونية^(١) ، وعلى ذلك يكون المقصود من قواعد القانون الدولى الخاص هو التفضيل بين هذه القوانين المتسابقة لا التوفيق بينها . ولكن عند ما هبت عواصف الحروب على أوروبا فى غضون القرن السابع عشر ترك الكتاب الهولنديون وعلى رأسهم Huber الاصطلاح السالف الى اصطلاح « تنازع القوانين » ، فصار القانون الدولى الخاص يعرف عند الجميع باسم « علم تنازع القوانين » . وهكذا تأيدت فكرة السجال والمنازعة بين القوانين المختلفة . ولقد حذا الكتاب الالمان حذو الكتاب الهولنديين فقالوا بنفس التسمية واستمرت فى مؤلفاتهم حتى اليوم كلمة Collisionsnormen règles de conflit . ومما لاجدال فيه أن تسمية « تنازع القوانين » تشعر بأن هناك نضالا بين القوانين المختلفة على حكم العلاقة القانونية ، وأن كلا من القوانين المختلفة انما يعتمد على سيادته فى الغلبة على الأخرى ، فكأن التنازع حاصل فى الحقيقة بين سيادات الدول المختلفة . ومن هنا نلاحظ تدخل فكرة السيادة فى دراسة قواعد القانون الدولى الخاص . وسنجد لها تطبيقات متعددة فيما بعد^(٢) .

ولقد بينا فى النبذة السالفة أن التنازع بين السيادات لا وجود له حقيقة وفلا وان كان الظاهر يفيد عكس ذلك . ولا شك فى أن الاعتبارات التاريخية التى لا بست تقرير اصطلاح تنازع القوانين هى التى أعطته هذا المعنى الظاهرى . ١٣ — ومن المقرر أنه اذا ما عرضت مسألة متعلقة بتنازع القوانين أمام القاضى المصرى فمحتوم عليه أن يتضى فيها والا اعتبر منكرا للعدالة . فليس له اذن أن يسكت عن الحكم فيها بدعوى صعوبة التفضيل بين القوانين المختلفة التى تتنازع حكم هذه المسألة . ولتخفيف هذه المهمة الشاقة (مهمة التفضيل) على القاضى وضع المشرع المصرى طائفة من القواعد تبين له القانون الواجب التطبيق

(١) راجع Boullenois فى مؤلفه 2. De la personnalité et de la réalité des lois .

(٢) راجع Pillet-Niboyet . ١ . ٤ .

في حالات التنازع المختلفة . فتارة يشير المشرع بتطبيق قانون موقع العقار^(١) أو بتطبيق قانون جنسية الأشخاص^(٢) وأخرى بضرورة تطبيق القانون المصري^(٣) بصفة حتمية دون غيره وهكذا . . فقواعد القانون الدولي الخاص المصرية هي التي تقول اذن بتفضيل أحد القوانين المتنازعة ، فتعطيه حق حكم العلاقة القانونية رغم التنازع الحاصل من جانب القوانين الأخرى . ويصف بعض الكتاب الفرنسيين العملية السابقة بأنها عملية اعطاء « الاختصاص التشريعي » *la compétence législative* ، اذ ترمى الى تفضيل احدى التشريعات المتنازعة على الأخرى . وهذا الاصطلاح الأخير منتقد في ذاته ، لأن العرف القانوني جرى على استعماله بمناسبة الكلام على المحاكم واختصاصها ، لا بالنسبة للقوانين ، فالقانون يطبق والمحكمة تختص . وفوق ما تقدم فان الأخذ به يؤدي الى الخلط ، اذ هنالك أيضا تنازع في الاختصاص بين محاكم الدول المختلفة^(٤) مما دعا الأستاذ *Bartin*^(٥) الى أن يطلق على هذا النوع الأخير من التنازع عبارة *Conflits de juridictions*^(٦) أى التنازع بين جهات الاختصاص ، ويسميه الكتاب المصريون « تنازع الاختصاص » وسنعود اليه تفصيلا فيما بعد . وعلى أية حال فالقول باعطاء « الاختصاص التشريعي » لقانون معين

(١) كما في قانون ٧ صفر سنة ١٢٨٤ بشأن تملك العقارات .

(٢) كما هي الحال بالنسبة لمسائل الأحوال الشخصية انظر المادة ٥٥ / ٧٨ مدنى أهلى ومختلط .

(٣) كما هي الحال بالنسبة لمسائل الاجراءات والمرافعات اذا ما رفعت الدعوى أمام محكمة مصرية .

(٤) فيحصل كثيرا أن تدعى محاكم دولة معينة انها وحدها المختصة بنظر النزاع .

(٥) راجع *Bartin* . ١ . ٢ .

(٦) كما أنه من الممكن تصور تنازع في الاختصاص بين محاكم دولة واحدة . ويحصل ذلك في مصر بين المحاكم المصرية (الأهلية) والمحاكم المختلطة وسائر الهيئات القضائية الأخرى . وكما يحصل في فرنسا بين المحاكم العادية والمحاكم الادارية . فالاصطلاحات السابقة اذن بعيدة عن الدقة .

يجعلنا نفترض سبق وجود تنازع بين قوانين مختلفة ، فصلت فيه قواعد القانون الدولى الخاص بأن فصلت أحد هذه القوانين على الأخرى ، فأصبح له الاختصاص التشريعى لما فيه من مميزات خاصة بالنسبة للعلاقات القانونية موضوع النزاع .

١٤ — ويتبين مما تقدم أن قواعد تنازع القوانين فى دولة ما قد تشير على القاضى فى بعض الأحيان أن يطبق قانونه الوطنى ، وفى البعض الآخر ، أن يطبق قانونا أجنبيا ، وذلك رغبة فى تحقيق العدالة حسبما يراها ويتصورها المشرع الوطنى ، الذى يقوم بدوره هنا كما يقوم به عند ما يشرع للعلائق القانونية الوطنية البحتة . ولكن مع ذلك لا بد من مراعاة وجود فارق محسوس . ويتلخص فى أن المشرع عند تشريعه لهذا النوع الأخير من العلائق إنما يضع قاعدة معينة لحكم موضوعى *règle positive* أى فاصلة فى الموضوع مباشرة ، أما بالنسبة للعلائق ذات العنصر الأجنبى فيكتفى بوضع قاعدة ترشد عن القانون الذى سيفصل فى الموضوع بواسطة قواعد المبينة . فقاعدة تنازع القوانين لا تفصل مطلقا فى النزاع من حيث موضوعه ، بل تكتفى ببيان القانون الذى يطبق عليه ، أى القانون الذى يعطى الحل الموضوعى والنهائى . ازاء ذلك رأى الأستاذ Arminjon تسمية قواعد تنازع القوانين بقواعد الاسناد *règles de rattachement*^(٢) لأنها تسند العلاقة القانونية الى نظام قانونى معين *systeme juridique* ، سواء كان هذا النظام هو النظام الوطنى أو نظام أجنبى ، وسواء كان هذا النظام اقليمى *territorial* أى أن تطبيقه مقيد بحدود اقليم معين كالنظام الفرنسى مثلا أو نظام شخصى *personnel* أى أن تطبيقه مقصور على أشخاص معينين دون التقيد بفكرة الاقليم كنظام الأقباط الأرثوذكس

(١) فكأن قواعد تنازع القوانين تهيم فى الواقع على نطاق تطبيق القانون الوطنى بالنسبة للقوانين الأجنبية ، ولما يصفها الكتاب الالمان بأنها « قانون فوق القانون »

Recht über Recht راجع مؤلف Makrof . ٢٤ .

(٢) وذلك أسوة بما قال به Savigny من قبل .

فى مصر . وسواء كان هذا النظام بسيطا simple أى أنه قائم بذاته فيطبق دون غيره فى دولة معينة كنظام القانون الايطالى ، مثلا ، أو مركبا أى لا يقوم وحده بل متصل بعدة أنظمة أخرى ، سواء كانت شخصية كنظام القانون المصرى فهو مكون من أنظمة قانونية دينية متعددة للمسلمين والأقباط والمسيحيين على اختلاف طوائفهم واليهود^(١) ، أو اقليمية كالولايات المتحدة حيث يسود فى كل ولاية نظام قانونى معين^(٢) .

١٥ — وإذا تأملنا فى عملية الاسناد وجدنا أنه يلزم لتحقيقها حصول أمرين .

أولا : تقابل قوانين مختلفة confrontation des lois كل منها يدعى لسبب ما أحقيته فى حكم العلاقة القانونية موضوع التنازع^(٣) .

ثانيا : المفاضلة بين أسباب أحقية كل من هذه القوانين preferentia

(١) وتجربى بعض الدول الأوربية حتى العهد الحاضر على الاعتراف بنظم شخصية دينية كى تطبق على الأحوال الشخصية للأقليات فى بلادها . كما هو حاصل فى وجود سلافيا بالنسبة لرعاياها المسلمين ، فلم يحاكمهم الشرعية التى تطبق الشريعة الاسلامية (المذهب الحنفى) منظمًا بقوانين وضعية . راجع مقال محمد بجوفتش الأستاذ بكلية حقوق بلجراد . منشور فى Annuaire de l'Association Yougoslave de Droit International . ١٩٣٥ . ٢٦٥ — ٢٧٠ .

(٢) والتفسيات التى أوردناها بشأن النظم القانونية قال بها الأستاذ Arminjon وله تفسيات أخرى للقواعد القانونية متقابلها عند المناسبات المختلفة . ولقد لخص كل أفكاره المرحوم أبو هيف بك فى كتابه ٥٦ — ٦٣ . وأشار إليها بشيء من التفصيل الأستاذ عبد المنعم رياض فى كتابه ١٠ . ١٥ — ١٩ . واكتفينا نحن بالإشارة السابقة لأن هذه التفسيات لا تتعدى مؤلف الأستاذ الى غيره ، وهذا لا يبنى قائمتها لأنها تبسط الأمور بطريقة منطقية ظاهرة . راجع مؤلف الأستاذ Arminjon . ١ . ٨٩ وما بعدها .

(٣) وظاهر أن تقابل هذه القوانين لا يستدعى حتما التنازع بين سيادات دول مختلفة قبلا اذا ما تعاقد فرنسى مع مواطن له فى انجلترا . فلا شك فى أن التصريح الانجليزى يتقابل مع التصريح الفرنسى بصدد هذه العلاقة القانونية باعتبار أنه قانون محل العقد حتى اذا عرض النزاع أمام محكمة فرنسية فانها ستطبق قواعد الاسناد الفرنسية لمعرفة أى التصريحين يحكم هذه العلاقة من حيث الموضوع . ولا يمكن القول هنا بأنها فى عملها هذا تتعرض فى شيء لسيادة الدولة الانجليزية اذا ما أهملت تطبيق تصريحها أو أخذت به على حسب الأحوال . قارن Arminjon . ١ . ٢٨ .

والمرجع هو الذى يقوم بعملية التفضيل بينها ، والترجيح بين أسباب أحقية كل منها . فتمت قال بتفضيل قانون منها فانه تتحقق بذلك عملية الاسناد التى قد تؤدي فى بعض الأحوال الى تطبيق تشريع أجنبي .

١٦ — وعملية التفضيل من الصعوبة بمكان ، ولكن تزداد صعوبة اذا ما حصل تغيير فى أحد عناصر العلاقة القانونية فى الوقت ما بين نشوء العلاقة القانونية وعرض النزاع على المحكمة . فقد يحصل مثلاً أن تتغير جنسية الأشخاص فى الوقت بين حصول الزواج ورفع الدعوى بطلب الطلاق ، فأى قانون يحكم الطلاق وأسبابه ؟ هل هو قانون جنسية الشخص وقت الزواج أو وقت الطلاق ؟ اذا رجعنا للمادة ٤ مدنى مختلط وجدناها قاصرة على ما معناه ، أنه فى مسائل الأحوال الشخصية يطبق قانون جنسية الأشخاص . ولكن هذا وحده لا يكفي للفصل فى المسألة التى نحن بصدد حلها . وكذلك يحصل أحياناً أن يتغير موقع المال ، بأن كان منقولاً فينقله المشتري من مكان الى آخر ، فأى قانون يحكم انتقال الملكية هل هو قانون موقع المال وقت التصرف أو وقت رفع الدعوى ؟

هذا النوع من التنازع الذى تتغير أحد عناصره على الوجه السالف سماه الأستاذ Bartin^(١) ، *conflit mobile* أى التنازع المتغير ، بخلاف النوع الآخر

(١) مؤلفه ٢٨ — ٣٠ . وقد أثبت هذه المسألة فى صيف عام سنة ١٩٣٤ بين الحكومة المصرية والحكومة الألمانية بشأن استرداد تمثال رأس الملكة نفرتيقي الموضوع الآن فى أحد متاحف برلين . وكان قد هرب به الى الخارج أحد الباحثين عن الآثار فى مصر . فوفقاً لقانون موقع المنقول السابق ، وهو القانون المصرى يعتبر هذا المنقول أثرياً ، ومن ثم لا يصح التصرف فيه بطريق البيع إذ أنه داخل ضمن الأملاك العامة . ولكن وفقاً للقانون الألمانى ، قانون الموقع الجديد ، تزول عن المنقول هذه الصفة فيباع فقط باعتبار أنه تحفة أثرية . ويلاحظ فى هذا النزاع أن فرض السرقة مستبعد ، إذكى توجد جريمة سرقة لا بد من توافر ركن الاختلاس ، وتوافر هذا الركن يستدعى سبق تسليم التمثال للحكومة المصرية . وهذا لم يحصل . وقد استنبتت الحكومة الألمانية التمثال ولم تنجح المفاوضات الودية لاسترداده .

وقد عرض نزاع مماثل للنزاع السابق أمام المحاكم الفرنسية بشأن منقول مملوك للحكومة الإسبانية وينع فى فرنسا فأقرت المحاكم البيع . راجع Claret . ١٨٨٦ . ٦٩٣ والحكم صادر من محكمة السين فى ١٧ ابريل سنة ١٨٨٥ .

فسماه التنازع الثابت *Conflit immobile* .

١٧ — فأول موضوعات مادة القانون الدولي الخاص ، دراسة القواعد المتعلقة بتنازع القوانين . ولكن هنالك صوراً مختلفة لهذا التنازع ^(١) فأيهما يدخل في نطاقه ؟ لمعرفة ذلك يجب أن تفصل هذه الصور المختلفة :

١٨ — أولاً : تنازع القوانين الدولي : *conflit des lois internationaux*

ويراد به التنازع الذي يحصل بين قوانين دول مختلفة . وقد أوردنا أمثلة متعددة بشأنه . ففي كل مرة يتنازع حكم العلاقة القانونية ذات العنصر الأجنبي قانون أجنبي معين كاتقانون الايطالى مثلاً باعتباره قانون جنسية الأشخاص مع القانون المصرى أو أى قانون آخر ، يقال ان هنالك تنازع قوانين دولي لأن التنازع حاصل بين قوانين دول مختلفة ، كل منها متمتع بالسيادة في اقليم معين ، فكل دولة منها مستقلة عن الأخرى بحيث لا يمكن لأحدها أن تجبر الثانية على الأخذ بقانونها . وعلى ذلك اذا طبقت المحاكم الوطنية في دولة ما قانوناً أجنبياً فانما تقوم بذلك اتباعاً لما تقضى به قواعد القانون الدولي الخاص فيها .

١٩ — ثانياً : تنازع القوانين المحلى : *Conflit des lois locaux* ، ومداره

أنه تسرى داخل حدود دولة معينة نظم قانونية مختلفة كل منها في اقليم معين كما هى الحال مثلاً في الولايات المتحدة وكما كانت الحال في فرنسا قبل سنة ١٨٠٤ وفى المانيا قبل سنة ١٩٠٠ وفى بولونيا الى الآن رغم صدور بعض تشريعات حديثة لتوحيد التشريع فيها ^(٢) . ومن الملاحظ عملاً أن الخلاف يقوم على مدى تطبيق قانون كل من هذه الولايات ، وكذلك على اختصاص محاكمه ، فاذا ما تعامل مواطن ولاية مع مواطن ولاية أخرى فأى قانون هو الواجب التطبيق ؟ الحاصل هنا تنازع قوانين محلى أى تنازع بين القوانين السارية في الولايات المختلفة

(١) راجع *Bartin* . ١ . ١٤ . — ٥٢ .

(٢) وهذه الظاهرة موجودة الآن بعد صلاح فرساي الذى خلق دولا مركبة النظم القانونية في شرق أوروبا كيوغوسلافيا وبولونيا .

conflits de lois fédéraux ، ويجب حله بمقتضى قواعد ، فهل تدخل دراسة هذه القواعد ضمن القانون الدولي الخاص^(١) ؟ وهل تتشابه هذه القواعد مع القواعد الخاصة بتنازع القوانين الدولي ؟ والجواب بالنفى ، أى ان هذه القواعد لا تدخل فى دراسة القانون الدولي الخاص ولوانها قد تتشابه بعض الشبه مع القواعد الخاصة بتنازع القوانين . ويرجع السبب فى عدم دخولها الى أنه يوجد هناك عادة فى الدولة سلطة عليا^(٢) مختصة باصدار القواعد الخاصة بحل هذا النوع من التنازع ، ولا شك فى أنه ليس هناك سلطة مماثلة بالنسبة للتنازع الدولي السابق . ولذا كان من المنطقي أن يخرج هذا النوع الثانى من التنازع من نطاق القانون الدولي الخاص ، خصوصا اذا لاحظنا أنه خال من كل عنصر أجنبي ، فعناصره كلها وطنية بحتة .

ولكن قد يحصل التنازع بين قانون محلي وقانون أجنبي ، ففى هذه الحالة يوجد تنازع قوانين دولي ، لأن هناك قانونا أجنبيا وقانونا محليا (وطني) يتنازعان حكم العلاقة الأجنبية ذات العنصر الأجنبي . فاذا فرض أن رفع الأمر الى محاكم القانون الأجنبي فقد تقضى بتطبيق « القانون المحلى » على العلاقة

(١) وسنرى فيما بعد أن فكرة النظام العام ordre public لها دخل كبير فى استبعاد القانون الأجنبي الذى تشير بتطبيقه قواعد الاسناد . وفى هذا النوع من التنازع الذى نبحت فيه هنا يظهر أنه ليس هناك مجال لتدخل هذه الفكرة اذ كل النظم القانونية السائدة فى الولايات تحكم عادة شعبا متحدا فى المبادئ والأفكار مما يجعل دور فكرة النظام فى حكم العدم تقريبا . راجع فى هذا المعنى Makarov . ٣٠ ومقال Sulkowski السابق الاشارة اليه . ٦١٥ . و Pillet-Niboyet . ٥٣٤ .

على أن الأمر يدعو الى التفكير بالنسبة للنظم الشخصية المبنية على اعتبارات دينية ، اذ سنرى فيما بعد أن تغير الزوج لديانته بأن كان مسلما واعتنق النصرانية يؤدى حتما الى طلاق زوجته اذ أن بقاء الزوجية فى هذه الحالة يخالف للنظام العام فى مصر . كما أن الزوج المسيحي الذى يسلم له الحق فى استبقاء علاقة الزوجية مع زوجته المسيحية ولو قضى المجلس الملى بخلاف ذلك وفقا للشريعة الدينية التى تم الزواج على مقتضى أحكامها . وتقضى بذلك أيضا اعتبارات النظام العام عندنا .

وفى النهاية يجب أن لا ننسى أن للجنسية دخلا كبيرا فى مسائل تنازع القوانين الدولي أما فى تنازع القوانين المحلى فليس لها اعتبار .

(٢) راجع Surville . ٥٤ والمراجع التى أشار إليها فى هامش ١ . ورسالة Silz الطبعة الثانية . ٢٤ .

القانونية المعروضة عليها^(١) .

وعند ما تسرى داخل حدود دولة معينة عدة نظم قانونية، فكل منها يتحدد عادة بجزء من اقليمها كما ذكرنا ، أو يتحدد بتطبيقه على أشخاص من بين أفرادها ، متميزين بميزات معينة ، في الغالب دينية ، كما هي الحال في مصر ، حيث يطبق على الأقباط الأرثوذكس نظام قانوني (ديني) معين ، وكذلك الحال بالنسبة لكل الطوائف الدينية الأخرى فإن لها نظامها الخاص بها سواء كان مبناه نصوص دينية أو تقاليد طائفية (ترجع أحيانا الى الشريعة الإسلامية^(٢)) . هذه النظم القانونية الشخصية التي تنظم الأحوال الشخصية قد تتنازع في بعض الأحوال فيما بينها ، أو مع الشريعة الإسلامية التي يمكن أن تعتبر القانون العام *droit commun* في مصر من هذه الوجهة . فكيف يتم الفصل في هذا التنازع ؟ هناك بعض قواعد — ومعظمها اجتهادي — لحل هذا التنازع ، وعلى الأخص اذا ما تعلق بالاختصاص^(٣) — فاذا ما اعترف بالاختصاص لمحاكم أى جهة من جهات الاختصاص السابقة فإنها تقضى فيه وفقا لقانونها الا ما ندر ، اذ من المعلوم أن بين الاختصاص والقانون في مصر علاقة وثيقة^(٤) . ولكن جانبا من هذه

(١) ويحصل ذلك من طريق الاثابة اذ ستشير قواعد الاسناد الأجنبية بتطبيق القانون البولوني مثلا ، ولكن هذا القانون سيفوض « للقانون المحلي » للولاية التي ينتسب اليها ، حق الفصل في النزاع . وسنبعث هذه المسألة بإيضاح أكثر عند الكلام في نظرية الاحالة *Renvoi* .

(٢) اذ لا توجد في الواقع نصوص كاملة منظمة للأحوال الشخصية لغير المسلمين في مصر . لذلك كان من الطبيعي أن تتأثر هذه النظم القانونية بنظام الشريعة الغراء باعتبار أنه النظام الذي يطبق على أغلبية المصريين ، هذا اذا لم يكن متعارضا مع المبادئ الدينية الأساسية عند أهل هذه الطوائف . انظر فيما بعد قضية هنري سكا كيني .

(٣) وتقوم المحاكم الأهلية بتطبيقها وذلك مع ملاحظة المادتين ٨٠ ، ٨١ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية . انظر بعده .

(٤) انظر كتاب Messina « القانون المدني المختلط » . ١ . ١٦١ وما بعدها في مدى التلازم بين الاختصاص والقانون . وأساس هذا التلازم أن جهات الأحوال الشخصية في مصر هي جهات دينية فلا يمكنها أن تطبق أحكام ديانة غير ديانتها .

القواعد السالفة قد وضعته السلطة التنفيذية فى مصر^(١) . ويترب على ذلك أن هذا النوع من التنازع خارج بدوره عن نطاق القانون الدولي الخاص ، لأنه غير متميز بعنصر أجنبى ، أى غير متميز بعنصر متصل بدولة أجنبية مستقلة . أما اذا كان النزاع بين المحاكم الشرعية أو الطائفية واحدى المحاكم القنصلية الموجودة فى مصر فهنا مجال للقول بوجود تنازع قوانين دولى . ورغم أن المسائل السابقة من الظهور بمكان قد أدت الى اختلاف فى رأى بين الكتاب^(٢) .

(١) وأقصد بذلك القواعد الخاصة بلجنة تنازع الاختصاص التى تعقد فى وزارة الحقايلة من حين الى آخر . وقد وجدت بمقتضى قرار من وزير الحقايلة صادر فى ٩ يونيه سنة ١٩٢٠ .

(٢) وهذا النوع من التنازع ، وان كان من الوجهة الفنية ، غير داخل فى نطاق القانون الدولي الخاص الا أن أهميته العملية كبرى فى مصر، وذلك بسبب تعدد الهيئات القضائية المختلفة ، ولذا عنى المرحوم أبو هيف بك بدراسته دراسة واسعة فى مؤلفه « القانون الدولي الخاص فى مصر وأوروبا » . ولكن لما كانت هذه الطريقة غير علمية تنحينا عنها ، معتبرين أن دراسة هذا النوع من التنازع الداخلى أدخل فى دراسة مادة المرافعات . على أنه نظرا لوجود الهيئات القنصلية فى مصر تلك الهيئات التى تطبق تشريعات أجنبية بحتة ، هى فى المعتاد تشريعات الدول التى تمثلها متفحة بقوانين خاصة ملائمة لحالة رعاياها الذين يعيشون فى مصر ، ويطلق على هذه القوانين Lois Consulaires ، فان المسألة قد يكون لها جانب من الأهمية من وجهة القانون الدولي الخاص . ولذا أثار الخلاف بين الكتاب . فمنهم (Arminjon ٩٠) من اعتبر هذا التنازع داخلا فى القانون الدولي الخاص فتطبق عليه قواعده . وهذا الرأى من جانب الأستاذ غير مستغرب اذا رجعنا الى تعريفه للنظم القانونية فهو يعتبر النظام القانونى موجودا ولو لم يكن له اقليم يتحدد به . وأيده فى رأيه المرحوم الدكتور أبو هيف بك . ٥٣ و ٥٤ وكذلك قال به مع تعديل طفيف فى التدليل الأستاذ Smyriniadis المحامى أمام المحاكم المختلطة (مقال منشور فى مجلة القانون الدولي الخاص سنة ١٩٣١ عدد ٢ و ٣) وقرر الدكتور الزينى بأن هذا التنازع بعيد عن أن يدخل فى موضوعات القانون الدولي الخاص حتى لو كان التنازع حاصل بين جهة قنصلية وجهة مصرية، لأن الجهات القضائية الأجنبية فى مصر داخلة ضمن النظام القضائى المصرى ، أى النظام الذى أقره المشرع المصرى . أما الأستاذ رياض فقال بتقسيم أحوال تنازع القوانين فى مصر الى قسمين ، قسم ينشأ بين قانونين محليين مرجعهما السيادة المصرية ، كالتنازع الذى يحصل بين القانون الأهلى والشرعية الاسلامية مثلا . وقسم ينشأ بين قانون محلى وقانون أجنبى كالتنازع بين القانون الأهلى وقانون أجنبى آخر تطبقه إحدى المحاكم القنصلية فى مصر، فالأول =

٢٠ — ثالثا : تنازع القوانين الاستعماري : *conflits de lois de type colonial* ، اعتادت الدول المستعمرة غالبا أن تسمح بسريان القوانين الأهلية *indigènes* في البلاد المستعمرة ، فتجيز تطبيقها في بعض المسائل وعلى الأخص ما تعلق منها بالأحوال الشخصية *statut personnel* وذلك لمساها بالدين . فترى مثلا أن فرنسا أجازت تطبيق الشريعة الإسلامية (المذهب المالكي) في بلاد الجزائر بالنسبة للجزائريين . وقد أدى ذلك الى حصول تنازع بين الشريعة الإسلامية ، وبين القانون الفرنسي في بعض الأحوال . وعلى الأخص بشأن تفسير المراد بالأحوال الشخصية وما يدخل فيها وما لا يدخل . ونذكر بهذه المناسبة أن اصطلاح الأحوال الشخصية يأخذ هنالك معنى أوسع من معناه المتعارف في القانون الدولي الخاص فتدخل فيه مسألة توزيع الأنصبة في التركات *la dévolution héréditaire* .

ولا يدخل هذا النوع من التنازع ضمن دراسة القانون الدولي الخاص لأنه ليس تنازعا بين سيادتين ، وكل ما هو حاصل هو تحديد نطاق تطبيق القانون الفرنسي في بلاد خاضعة للسيادة الفرنسية ، ففرنسا وحدها الحق في حل هذا التنازع حسبما يترأى لها ^(١) . وقصارى القول أنه لا يوجد هنا تنازع بين قانونين ، كما هي الحال في التنازع الدولي ، بل على العكس ان أحد القانونين وهو القانون الفرنسي ،

= منهما لا يعتبر داخلا في موضوعات القانون الدولي الخاص أما الثاني فيدخل فيها . ونحن نقر هذا الرأي . وأساس الاختلاف بينها جميعا يرجع الى فكرة السيادة وفهم الكاتب لدلولها وأهميتها . والآراء السالفة كلها ملخصة في مؤلف الأستاذ رياض ١٩ — ٢٥ . وتجدر تفسير هذا الخلاف في تعليقنا على مؤلف الأستاذ الأخير في مجلة القانون والاقتصاد السنة الرابعة . العدد الثاني . ٢٢٩ .

(١) راجع *Bartin* ١ . ١٨ حيث يشير الى صورة أخرى من هذا التنازع تتحقق فيما يتعلق بالملكية ، اذ أن نظام الملكية كان خاضعا لأحكام الشريعة الغراء فيما مضى في الجزائر ولكن أصدر المشرع الفرنسي قانونا في ٢٤ يولييه سنة ١٨٧٣ منظما للملكية من جديد وفقا للمبادئ الفرنسية . فمن المحتمل اذن حصول تنازع بين الشريعة الإسلامية التي كانت مطبقة قديما والتشريع الفرنسي المطبق الآن .

معتبر أنه النظام الغالب *systeme dominant* فى هذا النظام المركب *complexe* ،
وأما الشريعة الاسلامية فهى هنا نظام خاضع *systeme subordonné* لأنه
يستمد قوته فى التطبيق من النظام الغالب وهو القانون الفرنسى ^(١) .

٢١ — رابعا : تنازع القانون العام والقانون المحلى : *Conflit de droit : général et local* .
قد يحصل أحيانا لسبب ما أن يطبق فى إقليم معين من
الدولة قانون (محلى) خاص يخالف القانون العام المطبق فى كل أنحائها الأخرى ،
كما هى الحال فى فرنسا بعد ضم الألزاس واللورين اذ تطبق فى هاتين الولايتين
حتى الآن وبصفة مؤقتة بعض القوانين الألمانية القديمة (طبعا على أنها فرنسية) .
فالى أن تستبدل بهذه القوانين القوانين الفرنسية العامة فإنه من المحتمل جدا أن
يحدث تنازع بينهما وبين القانون الفرنسى ^(٢) .

ولا يدخل هذا النوع من التنازع بدوره ضمن القانون الدولي الخاص
لنفس الأسباب التى ذكرناها بالنسبة للنوع السالف . ويشبه تنازع
القوانين الحاصل لسبب الانضمام *conflits d'annexion* أى بسبب ضم دولة أو

(١) ويقول الأستاذ Arminjon ١ . ١١٢ . أنه فى كل بلد نظامه القانونى مركب
لا بد من وجود نظام غالب ونظام خاضع . واذا تأملنا فى الحالة الغربية القائمة فى مصر فى العهد
الحاضر فانا نجد فيها جملة أنظمة قانونية . فنظامنا اذن مركب . ولكن لا ننسى أن تعدد
الأنظمة القانونية مقصور فى الواقع على مسائل الأحوال الشخصية . والنظام الاسلامى يعتبر من
هذه الناحية هو النظام الغالب لأنه ، من جهة نظام الأكثرية ، ومن جهة أخرى فإنه نظام قانونى
بالمعنى الحقيقى ، اذ توجد فيه قواعد متنوعة (فتوجد فيه بعض قواعد الاسناد ، كما توجد فيه قواعد
موضوعية وقواعد مرافعات الخ) بخلاف الأنظمة الأخرى فإنها فقيرة من هذه الناحية ، ولذلك
كثيرا ما رجعت المجالس المالية الى الشريعة الاسلامية لتستوحيها الحكم فى الموضوع .

أما من وجهة الأحوال غير الشخصية ، أى العلاقات المالية وغيرها ، فلا يوجد فى شأنها سوى
النظام المختلط والنظام الأهلى . وهما نظامان متقاربان . وتضاف اليهما النظم الأجنبية فى حالة
اختصاص المحاكم القنصلية بنظر الدعاوى المنقولة بين الأفراد التابعين لها . انظر مقال Arminjon
المنشور فى Olmet ١٩١٢ — ١٩١٣ .

(٢) راجع *Conflits de lois en Alsace-Lorraine* . Niboyet نبذة ٦٢ . ١١٥ .

جزء من دولة الى أخرى فانه يحصل التنازع بين قوانين الدولة القديمة التي ألغيت أو التي استبقيت بصفة مؤقتة وقوانين الدولة الجديدة . وهذا النوع من التنازع لا يدخل أيضا ضمن القانون الدولي الخاص ^(١) .

٢٢ — ويتبين مما تقدم أن تنازع القوانين الدولي هو النوع الوحيد الداخل في نطاق القانون الدولي الخاص ، ولكن هل يتحقق ذلك بدون قيد ولا شرط أو أن هنالك قيودا لا بد من مراعاتها ؟

٢٣ — في الواقع هناك قيود يتحدد بها تنازع القوانين الدولي الداخل في نطاق القانون الدولي الخاص . وأولى هذه القيود أن يكون التنازع متعلقا بالقانون الخاص . وهذا القيد ظاهر في تسمية « القانون الدولي الخاص » فإذا كان هذا التنازع متعلقا بالقانون العام فلا محل هنا للالتجاء الى قواعد القانون الدولي الخاص ، بل يصح الالتجاء لقواعد القانون الدولي العام لأن هذا النوع من التنازع يتعلق مباشرة بالدولة .

ومعنى كون التنازع متعلقا بالقانون الخاص هو أن موضوعه يصح أن يكون مدنيا كالنزاع بشأن عقد من العقود تم بين أفراد غير مشغلين بالتجارة . كما يصح أن يكون تجاريا كما اذا سحبت كميالة على شخص من جنسية أجنبية وتداول هذه الورقة أشخاص مختلفو الجنسية ، فمن المحتمل التنازع على القانون الذي يحكم التزام كل منهم .

وفي الواقع أنه لا محل للفرقة بين هذين النوعين من العلائق المدنية والتجارية ، وذلك رغم أن تشريعات عدة قد خصت كل منها بمجموعة قانونية منفصلة عن الأخرى ، وهذا هو المذهب المتبع في مصر ، وإن كان منتقدا في ذاته . وقد جرت التشريعات الحديثة على إهمال الفرقة بينهما ، فوحدت الأحكام بشأنهما .

(١) وبما لا جدال فيه أيضا أن التنازع الحاصل داخل حدود دولة ما بين القانون المدني والاداري أو التجاري على حكم علاقة قانونية وطنية لا يعتبر داخلا في نطاق القانون الدولي الخاص .

ونذكر بهذه المناسبة أن بعض كتاب القانون الدولي الخاص قد بحث تنازع القوانين المتعلق بالمسائل المدنية في فصل على حدة ، وتنازع القوانين المتعلق بالمسائل التجارية في فصل آخر . ولكن هذه الطريقة منتقدة ، وقد انتقدها بشدة الأستاذ Bartin ^(١) لأنها تقسم هذه العلائق الى نوعين بغير مسوغ ظاهر . فالقواعد التى تصلح للمسائل المدنية تصلح بعينها للمسائل التجارية . ويقرر الأستاذ أن اتباع هذه الطريقة من جانب هؤلاء الكتاب أدى الى وقوعهم فى أخطاء عدة ، اذ حصل أنه عند بحثهم لتنازع القوانين فى المسائل التجارية أن قرروا حولا مخالفة لما قرروه فى المسائل المدنية المماثلة ، مع أنه لا داعى للفرقة بأية حال . ويمكننا أن نضيف الى هذا النقد ، نقدا آخر ، وهو أن اتباع هذه الطريقة يؤدى أحيانا الى تكرار فى ذكر القواعد لا محل له ، لما فيه من تشويش على الأذهان ، ولذلك سنرى فيما بعد أننا سنبحث عن القانون الواجب التطبيق على العلاقة القانونية بغض النظر عما اذا كانت مدنية أو تجارية . وأن المسائل التجارية تسير دائما بجانب المسائل المدنية .

٢٤ — اتهمنا الآن الى القول بأن القانون الدولي الخاص انما يهتم بدراسة تنازع القوانين المتعلق بالقانون الخاص دون القانون العام ، وعلى هذا الأساس يمكننا أن نستبعد من دراسته ما يسمى بقانون العقوبات الدولي ^(٢) droit pénal international . وبيان مدلول هذا الاصطلاح الأخير بايجاز نسوق الفرض الآتى ، وملخصه أن أشخاصا مختلفى الجنسية يرتكبون جريمة ما فى أراضى

(١) راجع مؤلفه ١ . ٤٧ — ٤٩ حيث يقرر أنه اذا جازت الفرقة بين المجموعة المدنية والمجموعة التجارية ، فان هذه الفرقة غير مقبولة بالنسبة لتنازع القوانين .

(٢) ولهذه المادة أهمية كبرى فى العمل الآن . وقد عقدت مؤتمرات كثيرة للنظر فى توحيد قانون العقوبات فى مختلف الدول . وآخر مؤتمر من هذا النوع عقد فى كوبنهاجن فى عام ١٩٣٥ . وقد مثلت مصر فيه . ومن الملاحظ نجاح المؤتمرات الدولية فى هذا الفرع من القانون . وسنرى أن الأمر يخالف ذلك فيما يتعلق بالمؤتمرات المتعلقة بتوحيد قواعد تنازع القوانين على العموم . راجع بعده بند ٥١ .

دولة ، ثم يفرون منها الى أخرى ، فهل يمكن لمحاكم الدولة الأولى أن تحاكمهم غيابيا أولا ؟ وهل يصح تقديمهم للمحاكمة أمام محاكمهم الوطنية ؟ وأمام أية محكمة يصح الادعاء مدنيا ؟ الى غير ذلك من المسائل المعقدة التى يهتم بدراستها علم قانون العقوبات الدولى ^(١) . فاذا فرض وصدر حكم فى النهاية من محاكم دولة على متهم تابع لدولة أخرى فهل ينفذ هذا الحكم فى الدولة الثانية أولا ^(٢) ؟ أسارع الى القول ، بأنه من المقرر فى هذا الصدد أن الأحكام الجنائية الأجنبية لا تقبل التنفيذ خارج حدود الدولة التى صدرت فيها ، فلا يمكن اذن وضع الأمر بالتنفيذ عليها وذلك لاعتبارات متعلقة بسيادة الدولة ، لا لاعتبارات النظام العام فحسب . وأقصد بهذا أنه يجب أن تفرق بين فكرة النظام العام وفكرة عدم تنفيذ الأحكام الأجنبية الجنائية ، لأن فكرة النظام العام كما سنرى أساسها رعاية مصالح رئيسية فى الدولة ، وذلك من طريق امتناع المحاكم الوطنية عن تطبيق القوانين الأجنبية ، فى بعض الأحوال على سبيل الاستثناء . وأما فكرة عدم تنفيذ الأحكام الأجنبية الجنائية فأسامها اعتبارات متعلقة بسيادة الدولة وكيانها ، اذ لا يمكن أن تسمح لدولة أخرى أن تنفذ داخل أراضيها أحكاما مبناهما مجرد السلطان والسيادة ، وليست الحال كذلك بالنسبة للأحكام المدنية . ويلاحظ أن العمل جار على عكس ما تقدم فى مصر ، فمن مقتضى الامتيازات الأجنبية أن تتمتع المحاكم القنصلية باختصاص جنائى واسع بالنسبة لرعاياها والتابعين اليها ، وتنفذ أحكامها فى مصر بمعاونة السلطات المصرية عند اللزوم ^(٣) . ومعنى ذلك بلغة

(١) ونوجه النظر الى المثل الذى آتى به الأستاذ Bartin ١ . ١٠ . للدلالة على وجود تنازع قانونى فى نطاق القانون الخاص والقانون العام فى وقت واحد .

(٢) راجع فى هذا أفكار Asser et Rivier فى كتابيهما *Eléments de droit intern. privé* . وكذلك مؤلف Weiss . ٣٥ وما بعدها .

(٣) ولكن هل يمكن التسليم بتنفيذ هذا الحكم اذا كان مخالفا للنظام العام فى مصر ؟ أو أن وجود الامتيازات الأجنبية من مقتضاه اجمال هذا المبدأ والسماح بتنفيذ أحكام المحاكم القنصلية دون مراعاة لأى اعتبار آخر ؟ . هذا ما سنبحثه بإيضاح فيما بعد . راجع بهذه =

القانون أن الدول الأجنبية الممتازة تباشر جانباً من السلطان والسيادة داخل الحدود المصرية . وربما تعزى البعض بالقول بأنها تباشر تلك السلطة بناء على تفويض من جانب صاحب السلطان الشرعى ولكن فاتهم أنه من المشكوك فيه كثيراً أن يتمكن صاحب السلطان من سحب هذا التفويض *délégation* .

فمن الضرورى اذن وجوب التفرقة بين القانون الدولى الخاص وبين قانون العقوبات الدولى ، ولو أنه قد ينبجم فى بعض الأحوال عند تطبيق هذا الأخير التعرض لمسائل خاصة . ويتحقق ذلك عند ما يرفع المدعى المدنى دعواه على المتهم أمام المحكمة الجنائية الأجنبية المختصة ، فتفصل فيه . كما يحصل ذلك عادة فى مصر اذ تطبق المحاكم الجنائية نص المادة ١٥١ مدنى أهلى . فاذا ما قضت المحكمة الجنائية الأجنبية بعقوبة بدنية على المتهم ثم بالزامه بدفع تعويضات . فهل يمكن تنفيذ هذا الحكم فى شقه المدنى فى مصر ؟ يجوزون ذلك ^(١) لأن هذا الحكم يتكون فى الواقع من حكيمين ، يمكن فصل كل منهما عن الآخر تماماً ، ولأن المدعى المدنى لو كان قد رفع دعواه أمام المحكمة المدنية الأجنبية لأمكن تنفيذ حكمها .

٢٥ — أما القيد الثانى الذى يتحدد به تنازع القوانين الداخلى فى نطاق القانون الدولى الخاص فيتلخص فى أن يكون هذا التنازع حاصلًا بين تشريعات دول متمدينة أو على الأقل نصف متمدينة . فاذا كان التنازع حاصلًا بين تشريع دولة متمدينة كإنجلترا وتشريع دولة أخرى همجية ، أو بعبارة أدق ، اذا كان التنازع حاصلًا بين قانون أمة محترمة وعادات أمة متوحشة أو متبربرة فلا محل لتطبيق قواعد القانون الدولى الخاص . وهذا ما قضت به المحاكم الانجليزية

= المناسبة مؤلف Messina فى القانون المدنى . ٢ . ١٤٠ وعلى الأخص هامش ١ . ويمكن أن نعرف الآن أن الأحكام الفصلية تنفذ بغير وضع الأمر بالتنفيذ عليها *exequatur* . وهذا هو الرأى الجارى عليه العمل وإن تكن المسألة قد أثارت خلافات واسعة فيما مضى .

(١) راجع Bartin ١ . ٣٧ .

في حكم شهير^(١) . وتتلخص القضية في أن رحالة انجليزيا *explorateur* ذهب الى بلاد في أواسط أفريقيا وتزوج هناك من إحدى نساء القبائل زواجا تم وفقا للأشكال والعادات المتبعة في هذه القبيلة . حصل بعد هذا أن توفي الرحالة عن ولد ، فلما طالبت أمه باعتبارها وصية على ولدها بتركة الوالد المتوفى رفضت المحاكم الانجليزية طلبها ، مستندة على أنه ليس هنالك تنازع قوانين بين القانون الانجليزي وبين عادات تلك القبيلة . أو ما معناه أن الزواج لا يعتبر صحيحا ، وان كان تطبيق قواعد القانون الدولي الخاص ، أو بعبارة أخرى تطبيق قاعدة *Locus regit actum* يؤدي الى القول بصحته من حيث الشكل على الأقل . ولكن رغم ذلك اعتبرت المحاكم الانجليزية أن العلاقة علاقة سفاح ، والولد ولد طبيعي . ويؤيد الكتاب الفرنسيون الحكم السالف ، وكذلك المحاكم الفرنسية ، وحجتهم في ذلك أن العالم المتمدين لا يعترف بوجود تعاون مع الدول المتبربرة ، ولذلك يجب عدم تطبيق العادات السائدة فيها ، خصوصا أن أساس هذه العادات مخالف كل المخالفة لأساس القوانين في البلاد المتمدينة فلا يجوز للمحاكم اذن تطبيقها^(٢) .

(١) والحكم منشور في *Clunet* . ١٨٨٩ . ١٢٨ . وهو صادر من المحكمة العليا الانجليزية . وقد صدرت على نسقه أحكام أخرى منها حكم ٩ فبراير سنة ١٨٩٠ . *Clunet* . ١٨٩٠ . ٧١٣ ، و ٧ مايو سنة ١٨٩١ *Clunet* . ١٨٩٢ . ٢٥٤ . وقارن ذلك بحكم محكمة باريس الصادر في ٢٤ ابريل سنة ١٩٢٦ . *Clunet* . ١٩٢٧ . ٤٢٩ .

(٢) والواقع أن المسألة دقيقة ، اذ قد يؤول هذا القيد بأن قواعد تنازع القوانين لا يجب أن تطبق بالنسبة للتشريعات الأجنبية الا اذا كانت هذه التشريعات تنتسب لدول يمكن أن توجد بينها علائق تنظمها قواعد القانون الدولي العام . فاذا كانت الدولة الأجنبية المطلوب تطبيق تشريعها لا تدخل في نطاق الدول التي تنطبق عليها قواعد القانون الدولي العام ، فلا يمكن اذن تطبيق قواعد تنازع القوانين بالنسبة لتشريعها . وهكذا يصبح تطبيق قواعد تنازع القوانين موقوفا أولا على ما تقول به قواعد القانون الدولي العام في النطاق السالف . ولا يمكن التسليم بذلك لأن قواعد القانون الدولي العام انما تنظم علاقات الدول فيما بينها ، أما قواعد تنازع القوانين =

٢٦ — ووفقا لهذا التعليل الذى يرتكز عليه القيد الثانى رفضت المحاكم الفرنسية تطبيق التشريع السوفيتى وحصل ذلك فى قضية مشهورة باسم (قضية حرير أودسا)^(١) . وتتلخص وقائعها فى أن الحكومة السوفيتية صادرت مركبا مشحونة حريرا فى ميناء أودسا ، ثم باعتهالى شخص ثالث قادها الى فرنسا . فلما وصلت المركب الى مرسيليا أسرع المالك الأصيل وأوقع حجزا عليها معتبرا أن مصادرة الحكومة السوفيتية لا تسرى عليه لعدم مشروعيتها ولخالفتها لمبادئ الأساسية فى القانون ، من حيث انتهاكها حرمة الملكية الفردية . فلما رفع الأمر الى المحكمة الفرنسية حكمت له بالملكية ، ورغم أن المشتري قد أصبح مالكا بالتطبيق لقاعدة القانون الدولى الخاص الفرنسية التى تقول بأنه لا اكتساب ملكية المنقول (منفردا ut singuli) أو انتقالها من شخص الى آخر يتبع قانون موقع المنقول lex rei sitae وهو هنا القانون السوفيتى . ولكن المحاكم الفرنسية رفضت الأخذ بهذا رأى وامتنعت عن تطبيق قواعد تنازع القوانين الفرنسية التى تقول بتطبيق القانون السوفيتى لأن هذا الأخير إنما يقوم على مبادئ مخالفة للمبادئ التى تقوم عليها التشريعات فى البلاد المتمدينة اذ لا يعترف بالملكية الفردية ، ولا بالميراث ولا بالاستمرار فى علاقة الزوجية^(٢) .

ولكن حصل بعد صدور الحكم فى هذه القضية بقليل من الزمان (فى ٢٨ أكتوبر سنة ١٩٢٤) أن اعترفت الحكومة الفرنسية بحكومة السوفيت ، فتساءل البعض وقتئذ عن الخطوة التى ستتبعها المحاكم الفرنسية أزاء تطبيق

= فنظم مصالح الأفراد الخاصة . فيجب اذن عدم الخلط بينها . راجع Bartin . ١ . ٥٦-٥٧ . وانظر كذلك بند ٢٦ من مؤلفنا . وتكون العبرة فى الأخذ بالتشريع الأجنبى أن يكون قد بنى على نفس الأسس العامة التى بنيت عليها التشريعات فى البلاد المتمدينة بغض النظر عن حالة الدولة من الوجهة السياسية . راجع أيضا Dicey ٣٠ وأبو هيف بك ٥٤-٥٧ .

(١) راجع حكم محكمة السين ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٢٣ . Clunet . ١٩٢٤ . ١٣٣ .

(٢) راجع بالنسبة للتشريع السوفيتى الحديث مقالا منشورا فى مجلة جمعية التشريع المقارن الفرنسية عدد يوليه ١٩٢٣ . ٥٣١ وما بعدها .

القانون السوفيتي وتنبأوا بتغيير الأمور . ولكن مع ذلك فإن المحاكم الفرنسية^(١) استمرت على خطتها القديمة فلم ترض بتطبيق القانون السوفيتي والاعتراف به اذا ما أشارت بذلك قواعد تنازع القوانين الفرنسية ، وابتدعت للوصول الى ذلك تعليلا جديدا . فأقلعت عن وصف التشريع السوفيتي بأنه مخالف في أساسه للمبادئ التي يقوم عليها التشريع في البلاد المتعدينة ، وانما سارت على القول بأن هذا التشريع في بعض أجزائه مخالف لمبادئ النظام العام المقررة في فرنسا . وفكرة النظام العام كما سنرى فكرة غامضة جدا ومرنة ، وفي امكان المحاكم الوطنية أن تدخل في نطاقها ما تريد اذا مارغت في استبعاد تطبيق قانون أجنبي . وقد نسجت المحاكم الفرنسية مرارا على هذا المنوال . ومن أهم القضايا التي عرضت أمامها في هذا الشأن قضية شهيرة تتلخص وقائعها في أن شركة روسية كانت موجودة في فرنسا قبل الاعتراف بحكومة السوفيت ، وحصل بعد الاعتراف بهذه الأخيرة أن طالب مندوب السوفيت المقيم في فرنسا أن يجلس في مجلس ادارة الشركة كنائب عن حكومته وذلك وفقا للتشريع السوفيتي فرفضت المحكمة طلبه مستندة على فكرة النظام العام^(٢) وبهذه المناسبة تذكر أن الحكومة المصرية لم تعترف بحكومة السوفيت حتى الآن بعد أن اعترفت بها

(١) راجع حكم محكمة Aix الصادر في ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٢٥ . Clunet . ١٩٢٦ . ٦٦٧ . وحكم النقض الفرنسي (غرفة العرائض) ٥ مارس سنة ١٩٢٨ . Clunet . ١٩٢٨ . ٦٧٤ . وكان النقض بمناسبة الحكم السالف وقد أيده .

(٢) لما في ذلك من تهجم على الحرية الفردية وملكية الشركة لأموالها دون منازعة من جانب حكومة السولة التي تنتسب اليها . راجع في هذا الصدد الأحكام الآتية : محكمة السين ٢٠ مايو ١٩٣١ . Clunet . ١٩٢٣ . ٥٣٣ ، ٢٦٤ أبريل سنة ١٩٢٢ . Clunet . ١٩٢٣ . ٩٣٣ . ٢٠ أغسطس سنة ١٩٢٤ . Clunet . ١٩٢٥ . ٨٣٥ وأخيرا حكم محكمة باريس الصادر في ١٣ يونيو سنة ١٩٢٨ . Clunet . ١٩٢٩ . ١١٩ . وبالنسبة للعلائق العائلية بين الروس يراجع حكم محكمة باريس ٣٠ أبريل سنة ١٩٢٦ . Clunet . ١٩٢٦ . ٩٤٤ . فتغير العلائق السياسية بين فرنسا وروسيا لم يغير في الواقع كثيرا من مسلك المحاكم الفرنسية . راجع بند ٢٥ .

حكومات أغلب الدول المتمدنية منذ زمن بعيد ، ورغم أنه قد أصبح لها مقعد دائم فى مجلس عصبة الأمم أخيرا . كما أن المحاكم المختلطة قد رفضت باطراد تطبيق القانون السوفيتى ^(١) . وسنرى أنه فى مسائل الأحوال الشخصية الخاصة برعايا الروس القدماء (البيض ^(٢)) قد بعثت المحاكم المختلطة قانونهم من لحده ، وهو القانون الروسى القديم كى لا يطبق عليهم القانون السوفيتى الحالى ، ولا الشريعة الاسلامية ، الشريعة العامة فى البلاد ، وذلك باعتبار أنها مبنية على أصول دينية مخالفة لمبادئ المسيحية وسأعود الى هذه المسألة فيما بعد مفصلا . وفى النهاية فان محاكم الدول الأوروبية قد رفضت أن تطبق الشريعة الاسلامية بالنسبة للمسلمين فى الخارج اذا ما أرادوا أن يتزوجوا بأكثر من زوجة واحدة ، باعتبار أن تعدد الزوجات مخالف للنظام العام . لا باعتبار أن الشريعة الاسلامية برمتها تقوم على أسس مخالفة للمدنية الأوروبية .

ويلاحظ أن هذه الحجة بعينها قد اعتمدت عليها المحاكم الفرنسيه أخيرا لكى ترفض تطبيق التشريع السوفيتى .

ونذكر بهذه المناسبة أيضا أن المحاكم الانجليزية ترفض الاعتراف بصحة الطلاق الحاصل من الزوج المسلم لمخالفته للنظام العام . ووجه المخالفة هو أن يتم بمطلق ارادة الزوج دون الالتجاء الى القاضى . وفى لغة هذه المحاكم ، أن ألفاظ الزوج ليس لها مفعول سحرى يفصم عرى الزوجية ^(٣) .

٢٧ — وخلاصة ما قدمناه الى الآن ، أن القانون الدولى الخاص يعنى

(١) ومع ذلك فللحكومة السوفيتية حق المقاضاة أمام المحاكم المختلطة اذ تجب التفرقة بين الشخصية المدنية والشخصية الدولية . راجع حكم مختلط صادر فى ٢٩ مارس ١٩٣٣ . منشور فى Clunet ١٩٣٥ . ١٩٩ . وثبت هذا الحكم أن هناك انفصالا بين موجبات القانون الدولى العام وموجبات القانون الدولى الخاص ، ومن الجهة الأخرى رفضت المحاكم المختلطة تطبيق أحكام التشريع السوفيتى ٣٠ ابريل سنة ١٩٢٤ . جازيت ١٤ . ٢٣٤ . ٣٦٥ .

(٢) ويسمونه كذلك بالمضادة للبلاشفة الذين يعرفون باسم الروس الحمر ، لأن اللون الأحمر شعار الشيوعيين Les communistes . وغير مسموح لهؤلاء بدخول الأراضى المصرية .

(٣) وستعرض لهذه المسألة فيما بعد بإيضاح واف . راجع Westlake . ٨٦ .

بدراسة تنازع القوانين الدولي في المسائل المتعلقة بالقانون الخاص . متى كان التنازع حاصلًا بين تشريعات تقوم في أسسها على مدنية متشابهة .

٢٨ — على أنه يجب على القاضي الوطني قبل أن يقول بالاختصاص التشريعي لقانون معين أن يتحقق أولاً من اختصاصه بنظر النزاع المرفوع إليه . ولكن لما كان هذا النزاع متعلقًا بعلاقة قانونية ذات عنصر أجنبي ، فإنه يحصل غالباً أن تتنازع محاكم دول مختلفة حق النظر فيها ، أى أنها تتنازع الاختصاص بشأنها .

فعلى القاضي الوطني اذن قبل الفصل في مسألة تنازع القوانين أن يفصل في مسألة أخرى أولية *question préjudicielle* هي مسألة « تنازع الاختصاص » فإذا ما قال بالاختصاص القضائي *la compétence judiciaire* لمحاكم دولته أمكنه أن يفصل على التعاقب في المسألة الثانية وهي « مسألة الاختصاص التشريعي » .

٢٩ — وللفصل في مسألة « تنازع الاختصاص » يلجأ القاضي الى قواعد القانون الدولي الخاص . فكأن هذه القواعد الأخيرة لا تقتصر فقط على الفصل في مسائل « تنازع القوانين » بل تفصل أيضاً في مسائل « تنازع الاختصاص » . وسنرى أن القواعد المتعلقة « بتنازع الاختصاص » تقول تارة باختصاص المحاكم المصرية وحدها وتارة أخرى باختصاص محاكم دولة أجنبية^(١) ، أو بجواز الاختصاص للمحاكم المصرية أو للمحاكم الأجنبية على السواء^(٢) . والقواعد المتعلقة « بتنازع الاختصاص » قواعد وطنية بحيث كما رأينا بالنسبة للقواعد المتعلقة « بتنازع القوانين » لأنها هي الأخرى متعلقة بالسيادة . سيادة المحاكم الوطنية لا سيادة القانون الوطني .

(١) كما هي الحال بالنسبة للقضايا المتعلقة بمقاربات في الخارج .

(٢) كما اذا كان اختصاص المحاكم المصرية مبنيًا على المادة ١٤ / ٢ ، واختصاص المحاكم الأجنبية مبناه تطبيق القواعد العامة .

٣٠ — فاذا كان تطبيق قواعد « تنازع الاختصاص » الوطنية يؤدي الى ثبوت « الاختصاص القضائي » للمحاكم الوطنية ، بغض النظر عما تقول به قواعد الاختصاص فى القوانين الأخرى ، فان القاضى ينتقل بعد ذلك الى تطبيق قواعد تنازع القوانين التى قد تعطى « الاختصاص التشريعى » الى قانون أجنبى فى العلاقة القانونية المعروضة أمام المحكمة ، فهل معنى ذلك أننا فصلنا بصفة قطعية فى موضوع النزاع ؟ ظاهر أن الاجابة بالنفى ، اذ كل ما تم هو الفصل فى مسائل أولية بحجة أننا قد اتهمنا فقط الى معرفة القانون الواجب التطبيق ، ولكننا لم نعرف بعد ماذا يكون الحكم الموضوعى . ولايضاح ما تقدم علينا أن نتصور أن المسألة كانت متعلقة بميراث ايطالى توفى فى مصر ، فاذا أدى تطبيق قواعد تنازع القوانين المصرية الى اعطاء « الاختصاص التشريعى » الى القانون الايطالى فان ذلك وحده لا يكفى للفصل فى النزاع بل لا بد للوصول الى هذا الغرض من تطبيق القواعد الموضوعية الواردة فى القانون الايطالى بشأن الموارىث .

٣١ — وخلاصة ما تقدم أن قواعد القانون الدولى الخاص فى كل دولة إنما تفصل فى مسألتين أوليتين مسألة « تنازع الاختصاص » ومسألة « تنازع القوانين » حتى اذا ما ثبت الاختصاص التشريعى لنظام قانونى معين *systeme juridique* طبق من حيث الموضوع . ونرى أنه بناء على ذلك تتمتع قواعد القانون الدولى الخاص فى كل دولة بمركز ممتاز ، اذ هى التى تبين لنا الى أى حد تختص محاكم الدولة فى المنازعات ذات العنصر الأجنبى وإلى أى حد يمكن أن تطبق القوانين الأجنبية ومتى يجب تطبيق القانون الوطنى . وقد شبهها الأستاذ Arminjon^(١) بمكتب الاستعلامات الذى يجب أن يرجع اليه لمعرفة أى القوانين واجب التطبيق متى كانت العلاقة القانونية متميزة بعنصر أجنبى .

٣٢ — أما اذا كانت تطبيق قواعد « تنازع الاختصاص الوطنية » لا يؤدي الى ثبوت الاختصاص العام *la compétence générale* للمحاكم

(١) راجع مؤلفه الجزء الأول . ١٣ .

الوطنية بنظر هذا النزاع فان القاضى يحكم فى هذه الحالة بعدم اختصاصه ، فان قال بعكس ذلك وجب نقض حكمه لمخالفته لأوامر المشرع ، حتى لو كان رافع الدعوى مصرى .

٣٣ - فاذا ثبت الاختصاص لمحاكم دولة أجنبية وفرض أن رفع اليها النزاع ، ففصلت فيه بحكم ، فقد يحتاج الأمر الى تنفيذ حكمها فى مصر ، فهل تعترف المحاكم المصرية بهذا الحكم أو لا ؟ والى أى حد يكون هذا الاعتراف ان وجد ؟ هذا ما تجيب عليه أيضا قواعد القانون الدولي الخاص ، لأن العلاقة القانونية أجنبية على الأقل من حيث جهة الاختصاص التى فصلت فيها ^(١) . كما اذا رفع فرنسى على مواطن له أمام المحاكم الفرنسية دعوى تعويض لضرر أصابه ثم أراد الدائن أن ينفذ الحكم الصادر من هذه المحاكم على أموال المدين فى مصر . فان هذا الحكم لابد أن يعرض أمام السلطة القضائية المصرية للحصول منها على أمر بالتنفيذ *exequatur* اذا رأت ذلك جائزا . وكذلك اذا ما رفع مصرى على آخر أثناء اقامتهما فى الخارج دعوى بناء على سند حرر له فى مصر وصدر له حكم من المحكمة الفرنسية ، فلا يمكن تنفيذه فى مصر الا بعد استيفاء الاجراءات السالفة . ويلاحظ هنا أن العلاقة القانونية تكاد تكون وطنية فى جميع عناصرها ولكنها مع ذلك تعتبر أجنبية فى نظر الشارع لصدور حكم بشأنها من محكمة أجنبية وتختص المحكمة الفرنسية فى هذه القضية نظرا لاقامة المدعى عليه فى دائرتها . فالعلاقة أجنبية بسبب اقامة المدعى عليه فى مكان أجنبي . ولذلك كان لا مناص من الرجوع الى قواعد القانون الدولي الخاص . ويمكن القول فى النهاية بأن القواعد المتعلقة بتنفيذ الأحكام الأجنبية ملحقة بقواعد « تنازع الاختصاص » ^(٢) وذلك كما سنراه بعد .

(١) وسبب الاختصاص فى هذه الحالة اما أن يرجع الى توطن المدعى عليه فى دائرتها أو الى حصول التصرف القانونى هنالك أيضا ، فأجنبيتهما ترجع الى عامل المكان وعلاقته بعناصر العلاقة القانونية . راجع ما قبله بند ه .

(٢) ويطلق على اختصاص المحاكم المصرية هنا « الاختصاص غير المباشر » .

٣٤ — قلنا انه اذا ثبت الاختصاص العام للمحاكم المصرية فان تطبيق قواعد تنازع القوانين قد يؤدي الى اعطاء « الاختصاص التشريعى » الى قانون أجنبي ، ويحق لنا أن نتساءل عن السبب فى ذلك ولماذا لا تقضى المحاكم المصرية دائما وفق القانون المصرى ؟

٣٥ — قد يكون من الأسهل والأبسط أن نقول بتطبيق القانون المصرى دائما لأن القضاة المصريين يعرفون قانونهم تماما . ومن المتيسر عليهم تطبيقه فى كل المنازعات بدلا من تلص قانون أجنبي قد يصعب الاهتداء الى تفسيره الحقيقى أو ادراك معناه المقصود ، علاوة على ما فى ذلك من اضاءة الوقت والنفقات على الأخصام . وفوق ما تقدم فان القانون الوطنى هو الأولى بالتطبيق على الأراضى الاقليمية ، اذ القانون كما عرفنا انما يقوم على السيادة ، فاذا طبقنا قانونا أجنبيا فان معنى ذلك أننا نتخلى ولو مؤقتا عن سيادة قانوننا الوطنى الاقليمية لى نسمح لقانون آخر أن يسود فى بلادنا على الأقل سيادة شخصية^(١) ، بالنسبة للعلاقة القانونية التى هى موضوع النزاع . وقد يكون أحد أشخاصها مصريا أو تكون قد تمت فى مصر . ويؤيد هذا المذهب أن الشريعة الاسلامية تحرم على القضاة المسلمين أن يطبقوا قانونا غير قانونهم^(٢) فما السر اذن ؟

٣٦ — بالرغم من وجهة الأسباب السالفة التى من مقتضاها أن يتمسك القاضى بأهداب قانونه فيطبقه على جميع العلائق القانونية حتى ما كان منها ذا عنصر أجنبى ، فانه من المقرر ، مع ذلك ، افساح المجال للقوانين الأجنبية فى حكم جانب كبير من هذه العلائق الأخيرة . ولقد عنى المشرعون فى الدول المختلفة بتحديد الأحوال التى يسمح فيها للقاضى الوطنى بتطبيق قانون أجنبى . ومن الملاحظ الآن أن النصوص التشريعية فى هذا الشأن تتزايد يوما بعد يوم^(٣) .

(١) وذلك اذا طبق على رعاياه ، اذ لكل قانون سيادتان ، السيادة الاقليمية وهى تفيد سريانه داخل الاقليم ، والسيادة الشخصية وهى تفيد سريانه على الأشخاص التابعين له فى الخارج .

(٢) وسأتعرض لهذه النقطة مفصلا فيما بعد .

(٣) راجع أبو هيف بك . ٢٧ . وكذلك Arminjon . ١ . ٢٢ .

٣٧ — ولقد اختلف الباحثون في تفسير الأسباب والدوافع التي دفعت المشرعين الى سلوك هذه السبيل التي حدث بهم في بعض الأحيان الى تفضيل تطبيق قانون أجنبي بدلا من القانون الوطني . فذهب البعض الى القول بأن المشرع انما يفعل ذلك مراعاة لشعور غيره من المشرعين الأجانب ، اذ لو تغاضى عن تطبيق قوانينهم ، وعلى الأخص على رعاياهم ، فان معنى ذلك الاستهتار بما لهؤلاء المشرعين من سلطان وسيادة على هؤلاء الأشخاص ، وهم في خارج ديارهم . ولا شك أن النسج على هذا المنوال سيقابل بالمثل ، ولا يتفق في شيء أن يتنازح المشرعون في الدول المختلفة بوساطة قوانينهم ومحاكمهم . وهذا التعليل وان كان قد اتى بعض النجاح بدليل أن أخذت به المدرسة الهولندية *école Hollandaise* (مدرسة المجاملة الدولية *comitas gentium*) الا أنه مع ذلك قد فقد كل اعتبار الآن ، لأن تطبيق القانون لا يلحظ فيه مجرد المجاملة فحسب انما يقصد به تحقيق العدالة على وجهها الأكل ، فستار المجاملة ستار كاذب . ولهذا رأى البعض وعلى رأسهم الأستاذ ^(١) Bartin القول بتعليل آخر مداره ، أن على الدول التزاما طبيعيا *obligation naturelle* بتطبيق قواعد القانون الدولي الخاص . وظاهر أن هذا التعليل قريب من التعليل السابق ولذا كان من اليسير نقده ، لأن أساسه التمسك بسيادة الدولة على وجه مبالغ فيه . ورأى كتاب آخرون الالتجاء الى فكرة وجوب احترام الحقوق المكتسبة . فاذا ما اكتسب شخص حقا من الحقوق تحت سلطان قانون أجنبي فمن الواجب احترام هذا الحق في جميع أنحاء العالم المتمدين ، والا تطرقت الفوضى في المعاملات ، وكذلك في العلاقات العائلية . فاذا فرض مثلا أن حضر الى مصر زوجان ايطاليان ليس لهما في الأصل *en principe* حق الطلاق بموجب

(١) راجع Bartin ١ . ١١٤ . ويرى Dicey أن المحاكم الانجليزية اذا صممت على تطبيق القانون الانجليزي في كل العلاقات القانونية على السواء فانها بلا شك ستنتهي الى الاضرار بالانجليز والأجانب على السواء ، اذ تضع على البعض كل أو بعض حقوقهم ، وتمنح الآخرين حقوقا ليست لهم أصلا . راجع كتابه . ١٠ وما بعدها فتقتضى العدالة اذن تطبيق القوانين الأجنبية في بعض الأحوال .

قانون أحوالها الشخصية ، وهو القانون الايطالى ، فلا يسوغ للزوج بمجرد دخوله فى الأراضى المصرية أن يدعى أن له الحق فى الاستفادة من الشريعة الاسلامية السارية فى هذه البلاد ، وعلى ذلك له أن يطلق زوجته ثلاثا . أفلا يكون من الأعدل ومن المنطق أن نطبق على هذين الزوجين قانون أحوالها الشخصية الذى يحكم زواجهما ويبين لنا متى يمكن أن يتحقق الطلاق بينهما ^(١) ؟

هذا هو ما فعله المشرع المصرى فى المادة ٤ مدنى مختلط . وقد لاقت فكرة احترام الحقوق المكتسبة نجاحا كبيرا ، ودافع عنها الأستاذ Pillet ، وأصبحت ضمن الأفكار الرئيسية التى تقوم عليها قواعد القانون الدولى الخاص ^(٢) وسنتناولها بالشرح عندما نبحث فى نظرية الاستاذ فى تنازع القوانين ، وعندئذ نجد أن هذه الفكرة لم تخل من الانتقاد فى بعض مناحيها مما دعا البعض الى نبذها كأساس للقانون الدولى الخاص ، مقترحين سندا جديدا ، مداره أن العدالة هى أساس الأخذ بقواعد تنازع القوانين . ففى المثل السابق استدعى تحقيق العدالة على وجهها الأكل أن لا تطبق الشريعة الاسلامية السائدة فى مصر ، بل يطبق القانون الايطالى . فلادخل اذن لفكرة احترام الحقوق المكتسبة ، التى كثيرا ما تهملها المحاكم ، اذا ما تعارضت مع مبادئ النظام العام فى البلاد ، بخلاف العدالة التى يعنى المشرع بتحقيقها ، لأنه ان قصر فى ذلك ارتبكت المعاملات والعلاقات القانونية بين الأفراد ، وأحجم هؤلاء عن الانتقال من بلد الى آخر ، اذا كان هذا الانتقال سيؤدى الى تحميلهم ظلما لامفر منه ، وعلى الأخص ، متى حاق الظلم بأشخاصهم وبمحالتهم العائلية . وفى النهاية يرى الأستاذ Lévy-Ullmann ^(٣) أن تطبيق قواعد القانون الدولى

(١) والحاصل أن التفسير الايطالى لا يعرف نظام الطلاق ، وإنما يعرف نظام الانفصال الجثمانى *séparation de corps* بين الزوجين ، وذلك اتباعا لأحكام المذهب الكاثولىكى السائد فى ايطاليا تهريريا .

(٢) انظر مؤلف Pillet-Niboyet . ٣٧٨ وما بعدها ، وكذلك مؤلف Arminjon . ٢٥١ . ١ وما بعدها .

(٣) راجع مذكراته المطبوعة فى باريس سنة ١٩٣١ — ١٩٣٢ . ٧٢ .

الخاص أسامه العادة *la coutume* . وهذا التعليل التاريخي يقصر عن بيان العلة في ظهور العادة . ونرى أن التفسير الذي مبناه تحقيق العدالة ربما كان أوجهها ، كما سنحققه عند دراسة نظريات تنازع القوانين .

٣٨ — ويهتم القانون الدولي الخاص ، علاوة على مسألتى تنازع القوانين وتنازع الاختصاص بدراسة مسألتين أخريين من الأهمية بمكان . الأولى : مسألة مركز الأجانب الموجودين في الدولة . الثانية : مسألة الجنسية . فما المراد بكل منهما ؟

٣٩ — قد يكون من المفيد أن أوجه النظر قبل أى إيضاح متعلق بهاتين المسألتين ، الى أن بعض الكتاب لا يوافق على ادخالها ضمن دراسة القانون الدولي الخاص لأسباب سأسردها في حينها . ولكن هذا المذهب يخالف ما سارت عليه أغلبية الكتاب^(١) . ونحن من رأى الأغلبية .

٤٠ — والمراد بمركز الأجانب ، أو حالة الأجانب *condition des étrangers* هو معرفة ما يمكن أن يتمتع به هؤلاء الأشخاص من حقوق وما يتحملونه من التزامات داخل حدود الدولة التي يوجدون فيها . ومن المقرر في هذا الصدد أن المشرع الوطني هو الذي يحدد مقدار ما يمكن أن يتمتع به الأجانب من حقوق مراعىا في ذلك مصلحة بلاده قبل كل شيء . وتقل هذه الحقوق عادة عما يتمتع به الوطني^(٢) *national* . ولا يخفى أن هذا الوضع مقلوب في مصر لأن الأجانب عندنا يتمتعون بمركز ممتاز عن مركز المصريين ، وسنوفى هذه المسألة حقها من البحث فيما بعد .

فالمشرع الوطني هو الذي يبين الحقوق التي يتمتع بها الأجانب سواء كانت

(١) ولقد جرت التقاليد في كلية الحقوق المصرية منذ زمن بعيد على وجوب تدريس هاتين المسألتين ضمن مادة القانون الدولي الخاص وذلك لاتصالهما الوثيق بمسألة تنازع القوانين كما سنبينه .

(٢) وتتجه الحركة التشريعية العالمية في العهد الحاضر الى التسوية بين الوطني والأجنبي في المعاملة على قدر الامكان خصوصا فيما يتعلق بالحقوق الخاصة .

هذه الحقوق خاصة ، كحق الأجنبي فى الزواج مثلا ، أو فى الاعتراف بصفته كأعزب بعد طلاق سابق ، أو فى أن يكون وصيا ، أو مالكا لعقار الخ . أو كانت عامة كحقه فى السكنى والاقامة والاتجار الخ^(١) . فإذا ما عرضت مسألة من مسائل تنازع القوانين وكان أحد أشخاص العلاقة القانونية أجنبيا ، فيجب إذن قبل الفصل فيها أن نتحقق أولا من مسألة أخرى ، وهى هل يجوز لهذا الأجنبي أن يتمتع بالحق المتنازع فيه أو لا *condition des étrangers* ؟ فإذا انتهينا منها كان علينا أن نبحث عن القانون الواجب تطبيقه لا كتساب هذا الحق *acquisition du droit* ، وعلى هذا يلزمنا أن نفرق بين مسألة حالة الأجانب ومسألة تنازع القوانين ، كما لاحظته بحق العلامة *Pillet*^(٢) . ولايضاح ما تقدم ضرب الأستاذ مثلا مضمونه أنه إذا فرض أن سيدة أجنبية أرادت أن تدعى بحق رهن قانونى *hypothèque légale* على عقارات زوجها الموجودة فى فرنسا (أسوة بالزوجات الفرنسيات) فهل يجوز لها ذلك أو لا ؟ للفصل فى ذلك يجب أن نبحث أولا عما إذا كانت القوانين الفرنسية تبيح لها التمتع بحق الرهن المذكور أو لا *condition des étrangers* فإذا أباحت ذلك ، فانا ننقل الى مسألة تنازع القوانين لنبحث عن القانون الواجب أن يحكم العلاقات المالية بين الزوجين ، وهل يعطيها هذا الحق أو لا *conflict des lois* . فإذا كان الجواب بالإيجاب فان هذا الحق يحترم . ونورد مثلا آخر ربما كان أكثر وضوحا . لنفرض أن شركة مصرية أرادت أن تمارس بعض أعمالها فى فرنسا بأن تتعاقد مثلا مع أشخاص هنالك ، أو تفتح لها فرعا لاجراء الأعمال والمعاملات الخاصة بها ، فانه قبل البحث عن القانون الذى يحكم هذه المعاملات *conflict des lois* يجب أن نتحقق أولا

(١) فإذا كان التشريع الوطنى لا يبيح للأجانب التمتع بكل أو بعض هذه الحقوق فان مجال تنازع القوانين يضيق كثيرا . وذلك نظرا للعلاقة القوية بين مسألة مركز الأجانب ومسألة تنازع القوانين .

(٢) راجع *Pillet-Niloyet* . ٦ .

عما اذا كان يجوز لهذه الشركة أن تتمتع بحق الوجود هنالك والتعامل أولا *condition des étrangers* ، وان كان لها هذا الحق فهل هو مطلق أو مقيد بقيود أو باستيفاء اجراءات ، فان وجدت فهل استوفيت فعلا أو لا ؟ فاذا فرض أن هذه الاجراءات لم تستوف فلا داعى في هذه الحالة لبحث مسألة تنازع القوانين . أما اذا كانت قد استوفيت وثبتت للشركة التمتع بهذه الحقوق فان لها بعد ذلك مزاوتها . وعندئذ يجرى البحث عن القانون الواجب تطبيقه على علاقتها القانونية *conflit des lois* ^(١) .

والخلاصة اذن أن مسألة مركز الأجانب مسألة سابقة ومسألة تنازع القوانين مسألة لاحقة ، وان المسألة الأولى تقابل مايسمى في القانون المدنى بالتمتع بالحقوق *jouissance de droit* والمسألة الثانية تقابل مايسمى بمزاولة الحقوق *exercice de droit* . فالقواعد المتعلقة بحالة الأجانب هي التى تبين لنا ما اذا كان للأجنبي التمتع بحق من الحقوق أولا . والقواعد المتعلقة بتنازع القوانين هي التى تبين لنا القانون الواجب تطبيقه اذا ما زاول الأجنبي حقا من الحقوق التى يجوز له التمتع بها . وأوجه النظر الى أن القواعد الأولى قواعد موضوعية بحجة ^(٢) ، بخلاف القواعد الثانية فهي قواعد اسناد فحسب ، لأنها لا تعطى الحكم مباشرة فى الموضوع بل تكتفى فقط ببيان القانون الواجب التطبيق ، وهذا القانون هو الذى يعطى الحكم الموضوعى .

(١) ويحصل أحيانا أن يتزوج مصرى من انجليزية ، فتكتسب هذه الأخيرة الجنسية المصرية . فاذا توفيت وأراد أهلها الانجليز أن يحصلوا على نصيبهم فى الميراث فانه قد يمنع من ذلك « اختلاف النارين » . فاذا ثبت أن هذا المانع غير موجود (حالة الأجانب) ، فانه فى هذه الحال يدور البحث حول مسألة تنازع القوانين . أى معرفة القانون الذى يحكم الميراث .

(٢) وقد ذهب البعض الى القول بأن هذه القواعد وطنية بحجة ويتمتع المصروع فيها بحرية مطلقة فى تنظيمها . وهذا القول نظرى كما سنرى فيما بعد ، اذ يتقيد المشرع الوطنى بالمعاهدات الدولية التى كثرت فى العصور الحديثة ، كما أن احتمال الاحتجاجات السياسية والعاملة بالمثل من الجهات الأخرى تجعل هذه الحرية مقيدة فعلا ان لم تكن قانونا . راجع Pouillet . ه .

ونظرا للعلاقة القوية بين حالة الأجانب وتنازع القوانين كما رأينا قالت أغلبية الكتاب بأن دراسة حالة الأجانب داخلة ضمن القانون الدولي الخاص وخالفهم فى ذلك البعض بدعوى أنهما منفصلتان ، فحالة الأجانب ينظمها القانون الوطنى بدون أية منازعة من قانون أجنبى آخر ، وهى داخلة ضمن القانون العام لا القانون الخاص ^(١) .

٤١ — وتتصل مسألة حالة الأجانب اتصالا وثيقا ، بمسألة الجنسية لأن قانون الجنسية (ووجوده حتمى فى كل الدول) هو الذى يحدد لنا من هو الوطنى ، ومن هو الأجنبى ^(٢) . فإذا تم ذلك أمكن معرفة الحقوق التى يمكن أن يتمتع بها الأجنبى على حسب التفصيل الذى عرفناه . والجنسية وصف فى الشخص يفيد تبعيته لدولة ما . ولقد قام خلاف كبير حول دخول الجنسية ضمن موضوعات القانون الدولي الخاص ، وسنعود اليه فيما بعد . ويكفى أن نعلم الآن أن أغلبية الكتاب قالت بدخولها ، وقولهم معقول ، لأن القانون الدولي الخاص إنما يهتم بالعلائق القانونية ذات العنصر الأجنبى ، والجنسية الأشخاص دخل كبير من هذه الناحية .

٤٢ — الآن وقد اتهمنا من بحث الموضوعات الداخلة فى نطاق القانون الدولي الخاص بمكننا أن نعرفه بما يأتى « القانون الدولي الخاص هو ذلك الفرع من القانون الداخلى الذى يبين الحلول الواجبة لاتباع فى مسائل تنازع القوانين والاختصاص ، ويحدد جنسية الأشخاص التابعين

(١) راجع Makarov . ٣٢ .

(٢) كما أن اتصالها بمسألة تنازع القوانين ظاهر . اذ فى أغلب الأحوال تعتبر العلاقة القانونية ذات عنصر أجنبى لأنها تتم بين أشخاص مختفى الجنسية ، ومن الجهة الأخرى فإن قانون الجنسية يحكم الأحوال الشخصية كما تقضى بذلك قواعد تنازع القوانين فى غالبية التشريعات المختلفة . راجع فى ذلك Linné . ١ . ١٥ . ولكن لا يغرب عن البال فى الوقت نفسه أن القواعد المنظمة للجنسية لا دخل لها فى تطبيق القانون من حيث المكان وهو ما تهتم به قواعد تنازع القوانين . راجع Makarov . ٣٢ .

للدولة وحالة الأجانب فيها^(١) .

٤٣ — ولقد وضع كتاب القانون الدولي الخاص تعريفات عدة لا يخرج أكثرها عن التعريف الذى أوردته . ولقد تأثروا فى وضعها بنظرياتهم وأفكارهم الخاصة . فحدده بعضهم بتنازع القوانين والاختصاص ، دون الجنسية ومركز الأجانب . ورأى آخرون وجوب الامتناع عن اعطاء أى تعريف اكتفاء بذكر موضوعاته ومن هؤلاء الأستاذ Makarov فى كتابه الأخير الذى أخرجه فى سنة ١٩٣٢^(٢) .

وأخيرا نرى أن بعض هذه الخلافات فى التعريفات ترجع الى اعتبار جماعة من الكتاب ، أن قواعد تنازع القوانين هى بمثابة قواعد عالمية conception universaliste ، بينما يرى آخرون أنها قواعد خاصة بكل دولة على حدة conception particulariste^(٣) .

(١) قارن هذا التعريف بما أورده Lainé : ١ . ١٧ .

(٢) وكان الأستاذ يشغل كرسى القانون الدولي الخاص فى كلية حقوق بتروجراد أيام الحكم القيصرى . وقد ترجم كتابه الى الفرنسية . ووضع له الأستاذ J. Niboyet مقدمة .

(٣) انظر Bartin فى « Etude sur les effets internationaux des jugements, 6. »

وكذلك رسالة Silz السابق الاشارة اليها . ١٦ .

الفصل الثانى

مصادر القانون الدولي الخاص

٤٤ — اذا عرضت مسألة من المسائل الداخلة ضمن موضوعات القانون الدولي الخاص يجب على الباحث وهو القاضى ، فى الغالب ، أن ينقب عن القاعدة الواجبة التطبيق فى هذه المسألة ، فأين يجدها ؟ لكى يمكننا الاجابة عن هذا السؤال يلزمنا أن نعرف مصادر القانون الدولي الخاص ، أو بعبارة أخرى يجب أن نعرف من أين يستمد القانون الدولي الخاص قواعده .

وقد رأينا فيما تقدم أن قواعد القانون الدولي الخاص هى قواعد وطنية فى كل دولة ، أى أن هنالك قانونا دوليا خاصا مصريا ، كما يوجد هنالك قانون دولى خاص انجليزى وفرنسى الخ . فاذا عرضت مسألة من مسائل القانون الدولي الخاص أمام القاضى المصرى وجب على هذا القاضى أن يطبق قواعد القانون الدولي الخاص المصرية دون غيرها . ولكن أين توجد تلك القواعد ؟ أو بعبارة أخرى ما هى مصادرها ؟

٤٥ — ودراسة مصادر القانون الدولي الخاص من الأهمية بمكان ، ويرجع ذلك الى أنها تميزت عن مصادر القوانين الأخرى بمميزات خاصة ستبين لنا فيما بعد . ولقد عنى الكتاب ببحثها كل العناية ، ولكن ترتب على هذه العناية الفائقة أن كثرت الخلافات بينهم . فاذا رجعنا الى المؤلفات الموجودة وجدنا تقسيمات مختلفة لهذه المصادر ، أساسها اختلاف وجهات النظر . فمن الكتاب ^(١) Weiss من أخذ بتقسيم علمى بحث لأنه تأثر بوجهة نظر علمية مؤداها النظر الى القانون الدولي الخاص باعتباره علما لا باعتباره قانونا وضعيا . فقال بتقسيم المصادر أساسه ما يجب أن يكون لا ما هو حاصل فعلا . ومن الكتاب

(١) راجع مؤلفه المختصر . ١٤ .

من تأثر بوجهة نظر عكسية Bartin^(١) فنظر الى القانون الدولي الخاص لا باعتباره علما ولكن باعتباره قانونا وضعيا قائما على السيادة فقال بأن مصادره كلها وضعية وطنية . وتأثر البعض الآخر في تقسيمه بالصيغة الدولية التي لهذا القانون قسم المصادر الى وطنية ودولية Pillet^(٢) .

ازاء هذا الاختلاف في وجهات النظر بين الكتاب الذين تأثروا عادة بنظرياتهم الخاصة في القانون الدولي الخاص ، رأى الأستاذ Lévy-Ullmann^(٣) أنه من الأوفق الابتعاد عن كل تقسيماتهم والاكتفاء بوصف وإيضاح هذه المصادر كما هي . وفي هذه الطريقة مزية البعد عن التورط في الأخذ بتقسيم علمي قلما يبعد عن مواطن النقد ، وذلك نظرا لتعدد طبيعة هذه المصادر وبخاصة أن مادة القانون الدولي الخاص ما زالت في دور التكوين ، اذ لم تبحث بعد عناصرها البحث الكافي الذي يسمح بتقسيم مصادرها تقسيما علميا عقليا .

وقبل أن نستمر في بحث هذه المصادر نلفت الأنظار الى أن أهم هذه المصادر هو النصوص التشريعية الداخلية (مصدر وطني) ونصوص المعاهدات (مصدر دولي) . وهي في مجموعها غير وافية بالمرام بل يجب الاستعانة بمصادر أخرى سدا للنقص على حسب التفصيل الذي سنراه حالا .

٤٦ — وأول مصادر القانون الدولي الخاص في مصر النصوص التشريعية les dispositions législatives فيجب على القاضى للفصل في المسألة المعروضة عليه أن يبحث عن النصوص التشريعية المتعلقة بها سواء وجدت هذه النصوص داخل المجموعات القانونية المختلفة أو في قوانين منفصلة عنها أو في لوائح قديمة . ومن الملاحظ في هذا الصدد أن النصوص التشريعية الداخلية لا تحدد غالبا مجال تطبيق القوانين الوطنية من حيث المكان ، بل تتجه الى بيان أحوال

(١) راجع مؤلفه ١١٠ . ١ .

(٢) راجع مؤلف Pillet-Niboyet . ٣٨ و ٤٠ .

(٣) راجع دروسه في كلية حقوق باريس سنة ١٩٣١ — ١٩٣٢ . ٧٠ .

تطبيق القوانين الأجنبية ، وذلك لأن الأصل أن تنطبق القوانين الوطنية على جميع أحوال التنازع ، فإذا سمحنا بتطبيق القوانين الأجنبية فذلك عن طريق الاستثناء . اذ يجب أن يسود القانون الوطنى فى اقليمه قبل أى قانون آخر ، فإذا ساد قانون أجنبى فيتم ذلك من طريق الاسناد الحاصل وفقاً لمقتضيات القانون الوطنى^(١) .

كما أنه يلاحظ من الجهة الأخرى أن النصوص التشريعية فى مسائل تنازع القوانين حديثة العهد وقد كانت المحاكم فيما مضى تبنى أحكامها على العادة فحسب^(٢) .

والواقع أن النصوص التشريعية فى مصر قليلة وغامضة ، وتوجد عادة فى المجموعة المدنية ، وأسوق منها الآن على سبيل المثال نص المادة ١٣٠/١٩٠ مدنى أهلى ومختلط الذى يقرر بأن الحكم فى مسائل الأهلية خاضع لقانون ملة الشخص فى القانون الأهلى ولقانون جنسيته فى القانون المختلط . وكذلك نص المادة ٧٧/٥٤ مدنى أهلى ومختلط الذى يقرر بأن الحكم فى مسائل الموارث يكون على حسب شرائع الأمة التابع لها المتوفى d'après le statut personnel du défunt أما حق الارث فى منفعة الأموال الموقوفة فيتبع فيه أحكام الشريعة المحلية loi locale . وكذلك نص المادة ١٠ مدنى مختلط الذى يقرر بأن قوانين البوليس والأمن lois de police et de sûreté تسرى على كل القاطنين فى البلاد . وهذه النصوص كما هو ظاهر متعلقة بتنازع القوانين ، لأنها تشير بالحلول الواجبة الاتباع فى مسائل الأهلية والميراث والأمن العام المدنى . وهناك نصوص أخرى فى المجموعة المدنية سيأتى شرحها فيما بعد . أما بالنسبة للنصوص التشريعية الموجودة فى قوانين منفصلة فأذكر منها على سبيل المثال نصوص قانون الجنسية الصادر فى ٢٧ فبراير سنة ١٩٢٩ . وبالنسبة لما كان منها فى لوائح قديمة

(١) راجع ما قبله بند ١١ .

(٢) راجع Makarov ٤ .

فهنالك لأئحة ٧ صفر سنة ١٢٨٤ الخاصة بحق تملك الأجانب للعقارات .
وقصارى القول أن النصوص التشريعية قليلة ، وسأبين العلة في ذلك
عندما أتناول بالبحث « تنازع القوانين في مصر » ويكفى الآن أن أوجه
النظر الى أن هذا النقص مازال موجودا في تشريعات أوروبية كثيرة ، وذلك رغم
نشاط المشرعين والمشتغلين بالقانون لسنده ، فترى مثلا أن المشرع الألماني في سنة
١٩٠٠ خصص مقدمة القانون المدني للنصوص المتعلقة بالقانون الدولي الخاص ،
وكذلك المشرع البولوني الذي وضع نصوصا تشريعية مستوفاة في سنة
١٩٢٦^(١) . أما المشرع التشيكوسلوفاكي فأعد مشروعا لم يصدر بعد ، جعل فيه
قواعد تنازع القوانين فصلا من فصول المجموعة المدنية .

٤٧ — ويتبين مما تقدم أن القاضى يلجأ الى النصوص التشريعية في
قوانين بلاده لكي يستمد منها القاعدة الواجبة التطبيق على النزاع المعروض
أمامه . فاذا أهمل تطبيقها فان حكمه يكون عرضة للطعن فيه بطريق النقض على
الأقل . ويلاحظ الأستاذ Bartin^(٢) بهذه المناسبة أن هنالك تناقضا بين
موضوعات القانون الدولي الخاص وطبيعة هذا المصدر الأول ، اذ أن موضوعات
القانون الدولي الخاص ذات صبغة دولية كما رأينا والنصوص التشريعية التي
يرجع اليها هي نصوص وطنية بحتة ومعنى ذلك أنه يرجع في حل مسألة دولية
الى تطبيق نصوص وطنية وفي هذا من التناقض ما لا يخفى .

٤٨ — والمصدر الثاني ، هو العادة الدولية *la coutume internationale*
وله أهمية كبرى اذ أن النصوص التشريعية كما قلنا موجزة وقليلة . وتظهر أهمية
هذا المصدر بوضوح في مسائل تنازع القوانين على الأخص ، لأنه في المسائل
الأخرى ، كالجنسية وحالة الأجانب ، تكثر النصوص التشريعية اذ يتمتع

(١) راجع مقال Sulkowski السابق الاشارة اليه حيث توجد بيانات وافية في هذا
الصدد .

(٢) راجع مؤلفه . ١ . ٧٤ — ٧٥ وكذلك . ١٦٢ .

المشرع الوطنى فى هذا الصدد بحرية واسعة بالمقارنة مع مسائل تنازع القوانين التى تنطوى عادة على تنازع بين سيادات الدول المختلفة .

ومن المقرر أنه فى كل مرة يعوز القاضى النص التشريعى لحل مسألة من مسائل تنازع القوانين ، عليه أن يبحث عن عادة دولية يمكن تطبيقها على هذا التنازع ، أى أنه من المقرر هنا الأخذ بالتقاليد القديمة tradition . وهذا ما سارت عليه المحاكم فى البلدان المختلفة . فاذا رجعنا الى مجالات الأحكام فيها ، وكذلك فى مصر ، وجدنا تطبيقات مختلفة للعادات الدولية . فكثيرا ما طبقت المحاكم المختلطة ^(١) العادة التى تقول بأن « شكل العقد خاضع لقانون بلد إبرامه » وهى عادة قديمة ترجع فى تاريخها الى القرن الثالث عشر . وكذلك طبقت المحاكم الفرنسية قاعدة أخرى مبناهها العادة ، ومقتضاها « أن الموارىث فى المنقولات خاضعة لقانون موطن المتوفى Mobilia sequuntur preso-nam » . وأشهر قضية طبقت فيها هذه العادة هى قضية Forgo التى سنتناولها بالشرح عندما نبحث النظرية الشهيرة باسم نظرية الاحالة Renvoi . وأوجه الأنظار الى أن هذه العادة الأخيرة التى طبقتها المحاكم الفرنسية مقصورة على فرنسا وعدد من الدول فهى ليست اذن عالمية ^(٢) كعادة Locus regit actum بل هى عادة محلية ولكن موضوعها متعلق بمسألة دولية .

والعادة كما هو معلوم فى مقدمة القانون المدنى مبناهها اتباع حكم معين ملزم فى حالة معينة لم يرد بشأنهما نص تشريعى . ونطاق تطبيقها ليس مقصورا فقط على القانون المدنى أو التجارى بل يشمل أيضا القانون الدولى الخاص . وتمتاز فى هذه الحالة الأخيرة بأنها واسعة النطاق بحيث يكون حكمها مشتركا بين

(١) راجع Messina ٢ . ٨١ — ٩٢ والأحكام التى أشار اليها .

(٢) ومن أهم الموضوعات التى تنظمها العادات العالمية ، كيفية معاملة أعضاء السلك السياسى والفنصلى أمام محاكم الدولة والسلطات فيها ، وعلى الأخص فى علاقاتهم المدنية مع الأفراد العاديين .

عدد كبير من الدول المتمدينة فتسرى على جميع رعاياها ، ولذا تأخذ المحاكم بحكمها عند عدم وجود نص تشريعى داخلى يخالفها . فاذا أخذنا مثلاً ، القاعدة التى تقول بأن الموارىث فى المنقولات خاضعة لقانون موطن المتوفى وأساسها العادة كما قدمنا ، فإنه لا يمكن الأخذ بهذا الحكم فى مصر نظراً لوجود نص صريح يخالفها هو نص المادة ٧٧/٥٤ م . ا . م . الذى يخضع الموارىث فى المنقولات والعقارات لقانون جنسية المتوفى . فالنص التشريعى المصرى يخالف فى حكمه لحكم العادة السالفة فلا يمكن أن يهمل النص احتراماً للعادة ^(١) . فاذا انعدم النص التشريعى كلية رجعنا الى حكم العادة ، وهذا ما سارت عليه المحاكم دائماً .

ولكن يحق لنا أن نتساءل عما اذا كانت المحاكم فى البلاد المختلفة تطبق العادة على نمط واحد ؟ أو بعبارة أخرى هل تفسر القاعدة المبنية على العادة على وتيرة واحدة فى محاكم البلاد المختلفة ؟ الواقع أن الجواب بالإيجاب أمر مشكوك فيه كثيراً لأننا اذا رجعنا الى أحكام المحاكم فيما يتعلق بقاعدة Locus مثلاً وجدنا اختلافات كبيرة على تفسير معنى الشكل ، وعلى قوة الزامها وهل هى اختيارية أو اجبارية . وكذلك على تحديد المراد بالقانون المحلى . ويمكننا اذن أن نستنتج من ذلك أن العادة الدولية تنتهى بأن تأخذ أشكالاً مختلفة على حسب تفسير القضاء فى البلاد المختلفة . فالعادة التى تبدأ باعتبار أنها دولية تنتهى بأن تأخذ شكلاً وطنياً لا يمكن للقاضى أن يحيد عنه والا عرض حكمه للنقض ^(٢) . ولا جدال

(١) وذلك لأنه نص آمر وربما توهم البعض أن نص المادة ٧١/٥٥ م . ا . م . الذى يقرر خضوع شكل الوصية لقانون جنسية الموصى ، مانع من تطبيق قاعدة Locus التى مبنياها العادة . والواقع أن النص المصرى ليس آمراً فى هذه الناحية وعلى ذلك تعتبر الوصية صحيحة شكلاً اذا تمت وفقاً للشكل المحلى ، كما تعتبر صحيحة أيضاً متى تمت وفقاً للشكل المعترف به فى قانون الجنسية .

(٢) وهنا يظهر بجلاء الفارق بين العادة فى القانون المدنى وفى القانون الدولى الخاص ، اذ أنه فى الحالة الأولى الحكم محدود معروف مقدماً والمحاكم على اتفاق فى شأنه ، أما فى القانون الدولى الخاص فالمحاكم وإن كانت متفقة على حكم العادة بصفة عامة فهناك خلافات كثيرة فى النواحي التى أشرنا إليها (راجع Bartin . ١ . ٧٦) وعندنا أن علة هذه الاختلافات =

فى أنه ليس هناك ما يمنع من أن يغير المشرع من حكم العادة بنص صريح يضعه تحقيقا لهذا الغرض .

وتغير مدى العادة الدولية وشكلها فى مختلف البلاد انتهى ببعض الكتاب وعلى رأسهم Bartin^(١) الى أن يهزأ منها باعتبارها مصدرا من مصادر القانون الدولى الخاص . ولكن من الجهة الأخرى فإن هنالك كتابا آخرين أعطوا للعادة أهمية كبرى فى القانون الدولى الخاص ، فمنهم من اعتبرها أساسا fondement للأخذ بقواعده ، أى أن تطبيق القوانين الأجنبية إنما يرجع الى العادة ، ومنهم من قال بأن احترام الحقوق المكتسبة تحت سلطان القوانين الأجنبية بمعرفة الحاكم الوطنية إنما أساسه العادة . ومقتضى ما تقدم أن المحاكم المصرية مثلا إنما تحترم انتقال الملكية الذى تم تحت سلطان قانون أجنبى (الفرنسى مثلا) ، أو الزواج الحاصل بين زوجين ايطاليين بناء على العادة الدولية التى جرت بذلك .

٤٩ — والمصدر الثالث ، هو القضاء : La jurisprudence ، وهناك ارتباط وثيق بين العادة ، دولية كانت أو محلية ، وبين أحكام القضاء ، لأنه اذا احتاج الباحث الى معرفة حكم العادة فى مسألة ما فليس عليه سوى الرجوع الى أحكام القضاء كى يقف على مدى هذه العادة ومرماها وكيفية تفسير الحاكم لها . وعلاوة على ما تقدم فانه يحصل أحيانا أن يجد القاضى نفسه أمام حالات لا تحكمها نصوص تشريعية ولا عادات متبعة ، ومع ذلك لا يمكنه التنعى عن الحكم ،

= ترجع الى ضرورة جعل العادة متناسقة متجانسة مع روح النظام القانونى السائد فى كل دولة فاذا كان هذا النظام ذا نزعة اقليمية فان قاعدة Locus تكون غالبا ملزمة وهكذا . راجع حكم محكمة مصر الابتدائية المختلطة ٢٨ مارس سنة ١٩٢٢ . جازيت ١٣ . ١٢ . ٩ .

(١) راجع مؤلفه ١ . ٧٧ حيث يعتبر العادة فى المسائل المدنية مصدرا قريبا source immédiate وفى مسائل القانون الدولى الخاص كمصدر بعيد source lointaine . وراجع أيضا رسالة Gianni المعنونة "La Coutume en droit international" باريس سنة

فيخرج لنا قاعدة قانونية جديدة . هذا وقد عرفنا أن النصوص التشريعية قليلة العدد ، كما أن أحكام العادات لا يمكن أن تطبق على كل ما يستجد من المسائل ، إذ أن ذلك لا يتفق أصلا مع عنصرى العادة ، المادى والأدبى ، لما هو معلوم من أن العادة تحتاج لكي تكون جدرة بهذا الاسم ، الى زمن طويل فإذا يفعل القضاء فى خلاله ؟ لاشك أن ليس أمامه من وسيلة سوى ابتداع القاعدة القانونية الملائمة متأثرا فى ذلك بالنظريات والمبادئ العامة ، وبالرغبة فى تحقيق العدالة على وجهها الكامل وفقا لروح النظام القانونى المكلف بتطبيقه^(١) .

وسنرى فى خلال دراستنا لتنازع القوانين أمثلة مختلفة^(٢) لعمل القضاء فى هذا الصدد .

وأحكام القضاء التى يرجع إليها عادة هى الأحكام الوطنية أى الأحكام الصادرة من المحاكم الوطنية . وهذا لا يمنع مطلقا من جواز الرجوع الى أحكام المحاكم الأجنبية ، وعلى الأخص ، اذا لم تكن الأحكام الوطنية كافية . ويصح أيضا الرجوع الى أحكام المحاكم الدولية التى قد تفصل فى مسائل متعلقة بالقانون الدولى الخاص ، فمحكمة العدل الدولية الدائمة بلاهاى كثيرا ما تعرضت لهذه المسائل ، ومثال ذلك فتواها التى أصدرتها فى الخلاف بين فرنسا وانجلترا بمناسبة ذكرى ثبات الجنسية^(٣) التى أصدرتها الحكومة الفرنسية فى تونس والتى أثارت الاحتجاج من جانب بريطانيا العظمى . ومع أن النزاع أساسه متعلق بالسيادة ، فإن المحكمة قالت فى فتواها بأن مسائل الجنسية وهى

(١) راجع حكم مصر الجزئية المختلطة ١٦ نوفمبر سنة ١٩٣٢ — جازيت يناير ١٩٣٤ — ١١١ اذ يرى أن اختيار القانون الواجب التطبيق يجب أن يلاحظ فيه التوفيق بين المبادئ العامة فى القانون والعدالة .

(٢) ومنها النظرية المعروفة باسم « المصلحة الوطنية » وكذلك نظرية « الفس نحو القانون » وراجع أيضا Pillet-Niboyet . ٣٩ .

(٣) وسنتعرض لهذه المسألة بإيضاح واف فيما بعد . والفتوى avis صادرة بتاريخ ٧ فبراير

من المسائل الداخلة فى القانون الدولي الخاص ، تعتبر من المسائل الوطنية البحتة التى يتمتع فيها المشرع الوطنى بحرية واسعة *domaine réservé* . ويصح أيضا الرجوع الى أحكام محاكم التحكيم الدولية كما حصل فى قضية جورج سالم فانه رغم أن النزاع كان متعلقا بمسؤولية الحكومة المصرية عن أحكام المحاكم المختلطة فإن الحكم تعرض للبحث فى مسألة متعلقة بتنازع الجنسية (١) .

. *conflit de nationalité*

ومن المشاهد أن هناك تبادلا بين أحكام المحاكم الدولية بأنواعها ، فكل منها يرجع الى الآخر ، فيحصل أن تستشهد المحاكم الوطنية بقضاء المحاكم الدولية أو العكس . وعلى ذلك يمكننا أن نقرر أن القضاء باعتباره مصدرا من مصادر القانون الدولي الخاص له صبغتان ، صبغة وطنية وصبغة دولية .

والواقع أن أحكام المحاكم المصرية فى مسائل القانون الدولي الخاص قليلة العدد ، ولذا لم يفكر فى اظهار مجلة خاصة بنشر هذه الأحكام بل تنشر مع سائر الأحكام الأخرى فى المجلات القضائية العادية . ونجد هذه الأحكام مرتبة بنظام أوفى مجلة *Clunet* الفرنسية !! .

٥٠ — والمصدر الرابع، هو المعاهدات (٢) : *conventions internationales* والمراد بالمعاهدات اتفاق بين دولتين أو أكثر بقصد انشاء أو تغيير أو انهاء علاقة قانونية بينها . فيحصل أحيانا أن تتفق دولة مع أخرى على تنظيم حالة رعايا كل منهما فى بلاد الأخرى . ويقصد بهذه المعاهدة تنظيم حالة الأجانب . ولقد تمت معاهدات كثيرة من هذا النوع بين دول أمريكا الأجنبية . وكذلك يحصل أحيانا أن تتفق دولة مع أخرى بشأن جنسية

(١) والحكم صادر فى ٨ يونيه سنة ١٩٣٢ . جازيت . ٢٣ . ١٦ . — ٣٤ . انظر مقال *Siotto Pintor* مجلة مصر المصرية ٩٣٣ — ٥٤٧ .

(٢) وينهب بعض الكتاب مثل *Bartin* الى اعتبار هذا المصدر بمثابة القانون الاتفاقى *Le droit conventionnel* وذلك بخلاف النصوص التشريعية اذ أنها *Loi écrite* مكتوب راجع مؤلفه . ١ . ٧٧ .

رعايا احدهما الذين يولدون في بلد الأخرى وعدم تأثيرهم بحق الاقليم في اكتساب الجنسية وذلك كالمعاهدة الايطالية الفرنسية في سنة ١٨٩٧ ، اذ بمقتضاها يظل الايطاليون المولدون في تونس على جنسيتهم الأصلية التي مبنها حق الدم .

والمعاهدات بين الدول قليلة العدد ومع ذلك قد زاد عددها زيادة محسوسة منذ القرن التاسع عشر . ونطاقها ليس مقصورا فقط على المسائل الداخلة في القانون الدولي العام ، بل يشمل أيضا المسائل الداخلة في القانون الدولي الخاص . فيحصل أن تتفق دولتان على طريقة تنفيذ أحكام محاكم كل منهما في بلاد الأخرى ، أو على الاعتراف بالاختصاص العام *la compétence générale* لمحاكم احدهما دون الأخرى في مسائل معينة اعتادت محاكم الدولة الأخرى أن تنازعها فيها ، أو على حلول معينة في مسائل تنازع القوانين . وبهذه المناسبة نلفت النظر الى أن المعاهدات المتعلقة بهذا النوع الأخير (مسائل تنازع القوانين) قليلة جدا . وتفسير ذلك ان مسائل تنازع القوانين متعلقة بالسيادة ويندر أن تفرط الدولة في سيادتها أو تتساهل فيها ، وعلى ذلك لا تقبل الارتباط بشأن هذه المسائل مقدما ^(١) .

ومن الجهة الأخرى فانه لا توجد سلطة عليا مختصة بالفصل في مسائل تنازع القوانين . فكل دولة حرة في تحديد نطاق تطبيق القوانين الأجنبية في بلادها . ولكن قد يحصل عند وضع هذه القواعد أن تبالغ الدولة في الأمر فتؤدى المبالغة من الجانبين الى نتائج وخيمة فترى الدولتان أنه من المصلحة الاتفاق على حل وسط ملائم .

كل ذلك لا ينفي الحقيقة الثابتة التي ذكرناها ، وهى أن المعاهدات بشأن تنازع القوانين قليلة جدا . واذا رجعنا الى المعاهدات التي عقدتها مصر في هذا الصدد وجدنا أن عددها لا يتجاوز أصابع اليد ، وأسواق منها على سبيل

(١) اذ من المحتمل أن تجد ظروف ، ترى الدولة فيها أن من مصلحتها أن تعدل عن مسلك معين ، فلا يمكنها ذلك الا بإجراءات طويلة ، اذا كانت قد تعاهدت من قبل في هذا الشأن مع دولة أخرى .

المثال معاهدة سنة ١٩٢٨^(١) مع ايران وتنازلت بمقتضاها ايران عن امتيازاتها في مصر، كما نظمت مركز الايرانيين وبينت القانون الذى يطبق على أحوالهم الشخصية في مصر. وكذلك المعاهدة الألمانية المصرية في سنة ١٩٢٥ بشأن مركز الألمان في مصر^(٢). ومعاهدة سنة ١٩٢٩ مع فلسطين^(٣) بشأن تنفيذ الأحكام في كل من البلدين. ومن أهم المعاهدات التى عقدتها مصر مع الدول، معاهدة سنة ١٨٧٥ بشأن الاصلاح القضائى الذى ترتب عليه صدور القانون المختلط، ووفقا لأحكام هذه المعاهدة خول لكل من الدول الموقعة الحق في تقضها بشرط اعطاء انذار سابق لمدة سنة.

والمعاهدات نوعان زوجية bilatérale وجمعية multilatérale, collective ومثل المعاهدة الزوجية المعاهدة بين مصر وايران، ومن أمثلة المعاهدات الجمعية الاتفاقات المعروفة باسم اتفاقات لاهاي Conventions de La Haye فى نوفمبر سنة ١٨٩٦ بشأن المرافعات المدنية (ويونيه سنة ١٩٠٢ ويوليه سنة ١٩٠٥ بشأن موضوعات الأحوال الشخصية)^(٤).

(١) ونظرا لأهميتها نشرناها فى ملحق هذا الكتاب.

(٢) وقد عقدت مصر معاهدة مماثلة مع النمسا فى سنة ١٩٢٩ والظاهر أن مصر تعامل المانيا والنمسا على وتيرة واحدة فلما أباحت تعيين قاضيا المانيا فى المحاكم المختلطة عينت حديثا قاضيا نمسويا وذلك رغم إلغاء امتيازات هاتين الدولتين بمعاهدات الصلح الأخيرة ١١ والمعاهدة الألمانية مكتوبة بالفرنسية تجدها فى مجموعة أصبجى وكولومباني . ١٨١ .

(٣) تجدها منشورة فى ملحق هذا الكتاب.

(٤) وسنشير للهام من نصوصها عند المناسبة ولم نجد فائدة من نشرها فى ملحق هذا الكتاب لأن أهميتها العملية ضئيلة. ومن أراد الاطلاع عليها برمتها يجدها فى مؤلف المرحوم أبو هيف بك . ٥١٤ وما بعدها. وتعتبر مؤتمرات لاهاي السابقة من أهم المحاولات التى قامت بها الدول فى سبيل توحيد قواعد تنازع القوانين، ولكنها كانت مع ذلك غير موفقة فى مجموعها. وحصل بعد الحرب أن عقدت عدة مؤتمرات من هذا النوع فى سنة ١٩٢٥ وفى سنة ١٩٢٨ للبحث فى مسائل الافلاس وأثره فى سائر الدول، وكذلك فى مسائل الموارث. ولم يحصل الاتفاق على نصوص يعمل بها فى الدول التى اشتركت فيها (راجع تعليق Julliot De La Morandière =

٥١ — ويرجع السبب في ظهور هذه الاتفاقات السابقة الى رغبة الدول في توحيد قواعد تنازع القوانين في تشريعاتها المختلفة بحيث يمكن تلافي النتائج السيئة التي تنجم من وجود هذا الاختلاف ، فتحقق بذلك العدالة على وجه أكمل سواء في العلاقات العائلية أو العلاقات المالية . ولقد أحاطت الصعوبات بمؤتمرات لاهاي السابقة ، ولكن تمكن مندوبو الدول رغم ذلك من وضع النصوص التي ظهرت في الاتفاقات السابقة الذكر . وعرفنا فيها مضى أن الاتفاقات بين الدول انما تقوم على التسامح والتساهل المتبادل ، ولما كانت اتفاقات لاهاي متعلقة بمسائل تنازع القوانين أى بمسائل متصلة بالسيادة ، والتسامح والتساهل في مسائل السيادة أمر متعذر ، لذلك لم تلق هذه الاتفاقات نجاحا عند تنفيذها بل منها ما لم ير التنفيذ أصلا ، فنقضتها الدول مباشرة ، وكانت فرنسا من أسرعهن الى ذلك . ولم يبق نافذا منها الى الآن سوى الاتفاق الخاص بالمرافعات . لأن مسائل المرافعات هي مسائل اجراءات يندر أن يحصل الاختلاف بشأنها ، فلا محل هنا للأهواء والعواطف الوطنية التي تحاول المحاكم سترها عادة تحت ستار التفسير .

٥٢ — على أن وجود هذه الاتفاقات لا يخلو من الأهمية رغم ما تقدم ، لأنها تعتبر خطوة محسوسة في سبيل تجميع codification قواعد القانون الدولي الخاص . وقد عرفنا أن النصوص التشريعية قليلة في هذا الصدد . وهذا التجميع كما هو ظاهر يمتاز بأنه تجميع عالمي مشترك بين جميع الدول المتمدينة الموقعة على هذه الاتفاقات ، ولكنه مازال حتى الآن حبرا على ورق ومستندا علميا أمام المحاكم لا أكثر^(١) .

== الأستاذ بجامعة باريس . في Clunet . ١٩٢٨ . ٢٨١ .

ويظهر أن التوحيد من طريق الاتفاقات الجمعية غير عملي ولذلك فإن الغلبة الآن للاتفاقات الثنائية لأنها تتم تحت تأثيرات حاجات ملحة .

(١) والوصول الى توحيد القانون الدولي الخاص ميؤوس منه منذ زمن بعيد . راجع مقال Harrison . ٥٤٧ و Laine . ١ . ٢٢ . وانظر في هذا الصدد M. Strazoncky اليوجوسلافي في مجلة أكاديمية لاهاي عدد ٤٤ . ٤٤٣ — ٥٦١ .

٥٣ — على أنه من الجهة الأخرى ، قد نجحت أغلبية دول أمريكا الجنوبية في وضع مجموعة مشتركة بينها في مسائل القانون الدولي الخاص ، وتسمى Code Bustamante نسبة الى واضعها . وتقع هذه المجموعة في ٤٣٧ مادة . وهى وثيقة هامة في دراسة القانون الدولي الخاص بالنسبة للدول الأخرى ^(١) .

ولقد أثارت هذه الاتفاقات همة عصبة الأمم فعملت على عقد مؤتمر خاص بمعاملة الأجانب بباريس سنة ١٩٢٩ وآخر بلاهاى في ١٣ مارس سنة ١٩٣٠ . وقد تعرض لبعض مسائل متعلقة بتنازع القوانين في مسائل الجنسية ، وانتهى هذا المؤتمر الى اتفاق ١٢ ابريل سنة ١٩٣٠ الذى سأعود اليه عند شرح قانون الجنسية المصرى ^(٢) .

٥٤ — وخلاصة ما تقدم أن للمعاهدات زوجية كانت أو جمعية أهمية كبرى في توحيد قواعد القانون الدولي الخاص ، وأن دور المعاهدات الجمعية من

(١) ونظرا لما لها من أهمية علمية وعملية بدأ الأستاذ Lévy-Ullmann في شرح هذه النصوص شرحا موسعا في دروسه في الدكتوراه بكلية حقوق باريس ابتداء من سنة ١٩٣٣ — ١٩٣٤ في مذكراته المطبوعة .

وقد عقد المؤتمر في مدينة هافانا ، ومثلت فيه ٢١ دولة من الدول الأمريكية ، وصدقت ست عشرة دولة منها على الاتفاقية وامتنعت خمس ، منها الولايات المتحدة الأمريكية . أما موضوع الاتفاق فشامل لتنازع القوانين في المسائل المدنية والتجارية ، وكذلك في مسائل العقوبات .

ونجد النصوص منشورة في مجموعة نصوص القانون الدولي لواضعها Niboyet و Goulé . الجزء الثانى سنة ١٩٢٩ . ٥٠٨ .

كما يحسن الرجوع أيضا الى موسوعات Répertoire القانون الدولي الجزء الثالث تحت كلمة Codification . حيث ترى مقالا في هذا الصدد للأستاذ De Lapradelle الأستاذ بجامعة باريس (وكان محامى الحكومة المصرية في قضية جورج سالم) . وفي الجزء الرابع من الموسوعة نفسها نجد مقالا قويا لواضع المجموعة نفسه Bustamante . ١٠٧ وما بعدها .

ولم ينجح هذا المؤتمر من أول مرة اذ سبقته مؤتمرات كثيرة . راجع دروس Lévy-Ullmann السابقة . ٥ وما بعدها .

(٢) وقد مثلت مصر في هذين المؤتمرين .

هذه الوجهة أقل شأنًا من دور المعاهدات الزوجية مع أنه كان من المنطقي أن يكون الأمر على عكس ذلك لأن الاتفاقات الجمعية ، في مجال توحيد القانون الدولي الخاص ، نظرا لعموميتها بين الدول ، أولى بتحقيق هذا الغرض . ولكن رأينا أنها قصيرة الأجل جدا .

٥٥ — وما دمنا في معرض الكلام عن توحيد قواعد القانون الدولي الخاص فانا سنبين الوسائل الفنية المتبعة لتوحيد الحلول في العلائق القانونية الأجنبية التي يحصل بشأنها تنازع قوانين . والواقع أن هناك وسيلتين تظهران من ثنايا هذه الاتفاقات . أما الوسيلة الأولى ، فمدارها أن يحصل الاتفاق بين الدول الموقعة على قاعدة تنازع القوانين الواجبة التطبيق على تنازع معين فيتنفق مثلا ان مسائل الأهلية تخضع لقانون موطن الشخص دون قانون جنسيته ، فكما عرض نزاع أمام أية محكمة من محاكم الدول الموقعة على الاتفاق فهي ملزمة بتطبيق قاعدة تنازع القوانين السالفة *règle de conflit*^(١) . أما الوسيلة الثانية ، فمدارها الاتفاق على قاعدة لحكم الموضوع مباشرة *règle de fond* لا الاتفاق فقط على مسألة أولية هي مسألة تنازع القوانين . وهذه الطريقة حاسمة أكثر في التوحيد لأن الحل النهائي موحد *uniforme* في كل الدول الموقعة ، بخلاف الوسيلة الأولى ، فان الحل الموضوعي قد يتغير رغم الاتفاق على قاعدة تنازع القوانين . واتباع الوسيلة الثانية معناه في الواقع وضع تشريع دولي *législation internationale* بالنسبة لجميع الدول . هذا ولقد

(١) وذلك لأن التشريعات تختلف في هذا الصدد اذ منها ما يخضع الأحوال الشخصية والعلائق العائلية لحكم قانون الجنسية ، ومنها ما يخضعه لحكم قانون الوطن . فتتفق الدولتان على أنه بالنسبة لرعايا كل منهما يطبق قانون الجنسية أو الوطن على حسب الأحوال . ومثل هذا الاتفاق يقصد به فض التنازع الحاصل بين قاعدتي تنازع القوانين في الدولتين أو كما يقول الأستاذ *Asser* ، *conflit entre règles de conflit* ، اذ أنه لم يحصل التعرض أصلا للنصوص التي تفصل في الموضوع كما يرى في الوسيلة الثانية ، بل اكتفى فقط بالتعرض للاختصاص التشريعي .

لاحظ الأستاذ Bartin^(١) أن الاتفاقات الدولية تخلط بين الطريقتين . ومن أمثلة الاتفاقات التى اتبعت الوسيلة الأولى اتفاقات لاهاي ، ومن أمثلة الاتفاقات التى اتبعت الوسيلة الثانية اتفاقات مؤتمر بروكسل البحرى ، وكذلك اتفاقات مؤتمر جنيف بشأن الأوراق التجارية على اختلاف أنواعها^(٢) .

٥٦ — وبجانب الاتفاقات الدولية السابقة يوجد ما يسمى بالاتحادات Unions . فيحصل أحيانا أن يجتمع مندوبو الدول فى بلد ما لبحث موضوع بالذات لحماية حقوق المؤلفين من كتاب روائيين وفنانين فى أنحاء العالم المتمدنين فلا تقتصر هذه الحماية على بلادهم فقط ، وينتهى الأمر عادة بوضع اتفاق يطلق عليه « اتحاد » مثل اتحاد برن سنة ١٨٨٦ الخاص بحماية ثمرات قرائح هؤلاء الأفراد . وقد عقد مؤتمر لهذا الغرض فى مصر سنة ١٩٢٨ ولكنه لم يوفق الى وضع نصوص نهائية ، واكتفت الحكومة المصرية بعرض مشروع قانون لحماية حقوق المؤلفين بما يتناسب مع روح العصر الحاضر وحالة البلاد . ولم ير المشروع التنفيذ حتى اليوم . وهناك اتحادات أخرى لحماية الملكية الصناعية على نمط الاتحاد السابق . ولا شك فى صعوبة التمييز بين

(١) راجع مؤلفه . ١ . ٨٧ .

(٢) ويعتبر الاتفاق فى هذه الحالة ملغيا أو معدلا لأحكام التشريعات الداخلية للدول الموقعة عليه . ويرى أهل الفقه أن محاكم الدول الثالثة غير الموقعة يلزمها تطبيق أحكام الاتفاق بالنسبة لرعايا الدول الموقعة .

راجع Bartin . ٨٦ . ولا شك فى أن اتباع هذه الوسيلة الثانية أمر نادر ، وبجمله المعتاد المسائل المتعلقة بالمعاملات business و affaires (راجع مقال Arminjon بشأن اتفاق جنيف الخاص بتنازع القوانين فى مسائل الكمبيالات والسندات تحت الاذن . Clunet . ١٩٣٥ . ٥٢١ — ٥٤١) لا العلائق العائلية المجال المعتاد لتنازع القوانين . وتحصل الاتفاقات بشأن هذه الأخيرة غالبا فى شكل اتفاقات قنصلية يقصد بها اعطاء القنصل سلطة ادارة وتصفية تركات المتوطنين من رعاياه فى دائرة اختصاصه . راجع Makarov . ٥١ و Bartin . ١ . ٨٩ .

الاتفاقات الجمعية والاتحادات تميزا قانونيا دقيقا^(١) ، ويظهر أن للعرف الدولي دخلا كبيرا في هذا الصدد .

٥٧ — فإذا عقدت الدولة اتفاقا بشأن مسائل تنازع القوانين فإن محاكمها مضطرة الى تطبيقه ، لأن المعاهدات انما هي جزء من القوانين الداخلية^(٢) ، ما دامت قد استوفت كل الشروط والاجراءات المتعلقة بنفاذها ، سواء كانت هذه الشروط واردة في القانون الدولي العام أو في دستور الدولة . وقد يستلزم هذا الأخير في بعض الأحيان صدور قانون خاص بذلك ، حتى تصبح المعاهدة ملزمة للأفراد علاوة على إلزامها للدولة^(٣) . فإذا أخطأ القاضي في تطبيق نصوص معاهدة نافذة في بلاده فإن حكمه يكون قابلا للنقض ، وذلك وفقا للمذهب الراجح وسأعود الى هذه النقطة بإيضاح أكثر في مناسبة مقبلة .

٥٨ — ولكن يحدث أحيانا أن تكون نصوص المعاهدة غامضة محتاجة الى التفسير فهل يحق للمحاكم الوطنية أن تفسرها ؟ لاشك في أنه اذا رفع النزاع الى محكمة دولية فانها تملك هذا الحق . فإذا رفع الى محكمة وطنية فإن كان نص المعاهدة المراد تطبيقه واضحا فإن واجب القاضي لا يتعدى حد التطبيق application . فإذا شاب النص غموض أو تناقض فإن المسألة كانت مثارا لخلافات

(١) وعلى أى الأحوال فإن « الاتحادات » يقصد بها ضم أكبر عدد ممكن من الدول ولذلك ينصون فيها دائما على امكان الدخول فيها بشرط اتباع اجراءات خاصة . وهناك من المواد ما يصلح الاتفاق بشأنه بطريقة ثنائية ، وهناك مواد أخرى يمكن الاتفاق فيها بطريقة جمعية على حسب ما قدمنا .

(٢) وفي الواقع هناك فوارق كثيرة بين القانون والمعاهدة من حيث كيفية تمام كل منهما اذ دور السلطة التشريعية ظاهر في الحالة الأولى بينما دورها في الحالة الثانية ضئيل . ومن جهة أخرى فإن المفروض في القانون الاستمرار ، وذلك على خلاف المعاهدة فن طبيعتها التوقيت . كما أن تعديل القانون أمره هين بخلاف الحال في المعاهدة .

(٣) راجع Ruvillo . ٥٩ وأحكام المحاكم في الدول المختلفة التي تؤيد هذا المذهب ، وقد أشار اليها في هامش ٤ و Bartin . ١ . ٩٧ .

عدة ، وتنوع بشأنها الآراء^(١) ، فغيرت محكمة النقض الفرنسية مذهبها مرارا فى هذا الصدد ويمكن تلخيص مختلف الآراء فيما يأتى : قال رأى بضرورة التفرقة بين تطبيق المعاهدة وتفسيرها *interprétation* فالتطبيق مرجعه المحاكم ، أما التفسير فمرجه الحكومات الموقعة على المعاهدة . فى كل مرة يرى القاضى أن النص غامض ، فعليه أن يتوقف عن الحكم ويطلب من حكومته أن تعطيه التفسير الصحيح ، ولاشك فى أن حكومته لا يمكنها أن تقوم بذلك على وجه مرض قبل أن تقف ، فى بعض الأحيان على الأقل ، على وجهات نظر الحكومات الأخرى الموقعة على نفس المعاهدة . ولقد أثارت التفرقة السابقة انتقادات عدة لما يترتب على الأخذ بها من تأجيل النظر فى المنازعات آجالا طويلة تضر بأصحاب المصلحة ، لذلك اضطر أنصار هذا رأى الى الاتيان بقيد جديد ، يتلخص فى أن التفرقة السابقة لا تكون واجبة الاتباع الا فى الأحوال التى تكون فيها المعاهدة متعلقة بالقانون العام كالمعاهدات السياسية مثلا *Conventions diplomatiques* ، أما اذا كانت المعاهدة متعلقة بالقانون الخاص فلا يؤخذ بها أى أنه يسوغ للقاضى تطبيق المعاهدة وتفسيرها مباشرة وبغير انتظار^(٢) . ولكن هذا القيد الجديد محل للنقد بدوره ، اذ قد تكون المعاهدة فى بعض الأحيان مزدوجة الطبيعة ، أى متعلقة بالقانون العام والقانون الخاص فى وقت واحد . ويقول الأستاذ *Bartin*^(٣) فى هذا الصدد أن اتباع مثل هذا التقسيم بدقة أمر متعذر لأنه فى كل مرة يعرض أمر المعاهدة على القضاء فالمفروض ابتداء أن النزاع متعلق بالقانون الخاص ، وعلى أى الأحوال فانه يجب أولا الاتفاق على طبيعة

(١) ويظهر أن سبب الخلاف راجع الى وجوب التفرقة بين القانون والمعاهدة ، اذ القانون أمر يصدره المشرع وحده ، بخلاف المعاهدة فانها على الأقل ثنائية ، والمطلوب هنا تفسيرها وفقا للأصول التى يفسر بها القانون !! واعتمد أصحاب نظرية الايقاف على مبدأ الفصل بين السلطات .

(٢) نقض فرلسى ٢٤ يونيه سنة ١٨٣٩ — سيرى . ١٨٣٩ . ١ . ٥٥ .

(٣) راجع مؤلفه . ١٠٤ . ١ .

النصوص قبل تطبيقها وتفسيرها . وضرب الأستاذ مثلاً بمعاهدة فرساي سنة ١٩١٩ التي حوت خليطاً من كل شيء . ازاء هذه الانتقادات تركت محكمة النقض^(١) تقسيم المعاهدات الى معاهدات متعلقة بالقانون العام ومعاهدات متعلقة بالقانون الخاص ، وأحلت محله نفس التقسيم ولكن بالنسبة للمنازعات . فقررت أن المنازعات اما أن تكون متعلقة بمصالح عامة *intérêts publics* أى بالقانون العام أو بمصالح خاصة *intérêts privés* أى بالقانون الخاص . ففي الحالة الأولى لا يسوغ للقاضي الوطني تفسير المعاهدة وإنما له تطبيقها فقط . وأما في الحالة الثانية فله التطبيق والتفسير سواء كان النص جلياً أو غامضاً^(٢) . ولقد انتقد الأستاذ *Bartin*^(٣) أيضاً هذه التفرقة ، قائلاً انه يصعب اتباعها بدقة لأنها لا تقوم على أساس من الواقع ، وضرب مثلاً ، تأييداً لنقده السالف ، بمصادرة سيارة مملوكة لقنصل أجنبي . فهنا النزاع متعلق بمصلحة خاصة لأن الحاصل اعتداء على الملكية الفردية ، ولكنه قد يتعلق بمصلحة عامة أيضاً اذا وجد هناك اتفاق قنصلي بين الدولتين في هذا الصدد . ويقرر الأستاذ في النهاية بأن للقاضي الحق في تطبيق وتفسير المعاهدات بدون أى تمييز ، وهذا الرأي معقول .

(١) قض فرنسي ٣٠ يناير سنة ١٩٢٣ *Clunet* . ١٩٢٣ . ٦٣ . وكذلك قض ٩ فبراير ١٩٢٥ . سيري ١٩٢٥ . ١ . ٣٣ . وتعليق الأستاذ *Niboyet* على الحكم السالف في *Clunet* ١٩٢٥ . ٢٨٢ والمجلة *Revue* ١٩٢٦ . ٦٧٥ . فاذا قدم الى المحكمة تفسير نص من نصوص المعاهدة ، وكان هذا التفسير صادراً من وزارة الخارجية فانه يسوغ للمحكمة أن تهمل هذا التفسير وتقول بتفسير جديد ، اذ التفسير القضائي أقوى من التفسير الاداري . راجع حكم ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣١ . دالوز الأسبوعي . ١٩٣٢ . ١٢ . والمجلة ١٩٣٢ . ٨٣ . انظر عكس ذلك حكم محكمة الاستئناف المختلطة ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٢٤ . م . ت . م . ٣٧ . ١١ . وعلى أى الأحوال فان التفسير القضائي ملزم فقط بالنسبة للدعوى المروضة دون غيرها . راجع *Valéry* . ٦٢٠ .

(٢) ومقتضى التطور في الرأي الابتعاد عن بحث طبيعة المعاهدة ذاتها الى بحث طبيعة النزاع نفسه .

(٣) راجع مؤلفه ١ . ١٠٢ . ١٠٣ .

٥٩ — هذا وقد جرت المحاكم المختلطة^(١) في مصر على اعطاء نفسها مطلق الحرية في تطبيق وتفسير المعاهدات التي وقعتها مصر، وحتى التي لم توقعها في بعض الأحيان . فطبقت وفسرت معاهدتي فرساي ولوزان ، واستندت على أن مصر وان لم توقعهما فإن الأولى نافذة عليها لأنها كانت تحت حماية بريطانيا العظمى وقت عقدها ، أي أن هذه المعاهدة تنفذ في مصر باعتبارها جزءا من الإمبراطورية البريطانية . أما الأخذ بالثانية فأساسه الرضى الضمنى بها من جانب مصر ، إذ أنها قد عقدت اتفاقات مع فرنسا بشأن رعايا سوريا ولبنان^(٢) تدل على هذا الرضا دلالة واضحة .

٦٠ — فإذا سلمنا بأن للمحاكم الوطنية الحق في تفسير المعاهدات لزمنا أن نعرف طرق التفسير الواجبة الاتباع . ومن المعلوم أن الاتفاقات الخاصة تفسر وفقا لنية الطرفين فيها ، فإذا اتبعنا نفس الطريقة بالنسبة للمعاهدات^(٣) ، فإن الأمر لا يخلو من الصعوبات ، إذ كيف يمكننا الوصول الى معرفة نية الطرفين في المعاهدة ، خصوصا أن هذه النية هي في الواقع نية المفاوضين المتعددين !

والواقع أن المحاكم في البلاد المختلفة قد جرت على تفسير المعاهدات بنفس الطرق التي تفسر بها القوانين الداخلية ، لأن المعاهدات معتبرة جزء منها ، فلا بد أن تفسر بنفس الطرق حتى تتجانس مع القوانين

(١) راجع مجموعة بسطوروس ١٠ . ٢٢ . وحكم محكمة مصر المختلطة التجارية ٢٩ مايو سنة ١٩٢٣ جازيت ١٣ . ٢٠٤ . وكذلك حكم محكمة المنصورة ١٥ نوفمبر سنة ١٩٢٧ . جازيت ١٨ . ١٣ . ١١ .

(٢) راجع مجموعة اصبجي وكولومباني وهي مطبوعة باللغة الفرنسية . أغسطس سنة ١٩٢٦ . ١١٥ .

(٣) تراجع المواد ١٣٨/١٩٩ . م . ١٠ . م . وما بعدها .

الداخلية^(١) . ولا شك أن النسيج على هذا المنوال من شأنه أن يعطى للمعاهدة صبغة وطنية داخلية تختلف في كل بلد على الأقل اختلافا طفيفا عنها في البلاد الأخرى .

ويتبين مما تقدم أن هذا المصدر (المعاهدات) وإن كان يبدأ باعتباره دوليا ، فإنه ينتهى بصيرورته وطنيا . ويمكن أن نتصور مقدار تعقد الأمور إذا ما عرض النزاع أمام محكمة دولة ثالثة غير موقعة على المعاهدة ، وعليها يقع عبء تفسيرها^(٢) .

٦١ — ونبحث الآن صعوبة جديدة تثيرها المعاهدات عند تطبيقها في المحاكم . فإنه يحدث أحيانا أن تتناقض نصوص معاهدة ما مع نصوص القانون الداخلى فإذا يكون الحكم فى هذه الحالة ؟ من المقرر أنه يجب التمييز بين فرضين: الأول . أن يكون التناقض حاصلًا مع قانون سابق للمعاهدة والثانى . أن يكون التناقض حاصلًا مع قانون لاحق أصدره المشرع الوطنى بعد نفاذ المعاهدة . وسنبحث هذين الفرضين على التعاقب .

أما بالنسبة للفرض الأول فإنه من المتفق عليه أن نصوص المعاهدة هى الواجبة التطبيق لأن نصوص القانون تعتبر كأنها ملغاة على الأقل بصفة ضمنية — ان لم يأت النص على ذلك صراحة — بنصوص المعاهدة . وقال بعض الكتاب بهذه المناسبة أنه يلزم العمل بالمعاهدة لأن لها قوة أكبر من قوة القوانين الداخلية . ولقد عرضت هذه المشكلة فعلا أمام القضاء البلجيكي فى قضية هامة ، تلخص ظروفها ، فى أن الملك ليوبولد الثانى كان قد عقد زواجه بموجب معاهدة سياسية

(١) وعلى ذلك تعتبر المعاهدات مكملة بالقوانين الداخلية والعكس صحيح . راجع Bartin . ١٠٦ . ١ — ١٠٧ والأحكام التى أشار إليها . وراجع أيضا Valéry . ٦١٨ .

(٢) راجع رسالة Maurice Capitant وعنوانها :

« Les traités de droit privé dans leur application aux nationaux des tiers Etats » .

وهى تبحث فى ناحية أخرى من نواحي الموضوع كما يظهر جليا من عنوانها .

وفقا للعرف الدولى المتبع . ولكن حدث عند وفاته أن وجد من طعن فى صحة هذا الزواج ، بدعوى مخالفته لنصوص القانون البلجيكى ، التى تقضى بأن يتم الزواج أما موثق *notaire* . فرفضت المحاكم البلجيكية هذه الدعوى وقررت أن النص البلجيكى الداخلى يعتبر معطلا من هذه الوجهة بالمعاهدة السابقة الذكر ^(١) . وقد قالت المحاكم الفرنسية بهذا رأى أيضا وكان ذلك بمناسبة معاهدة عقدتها فرنسا مع اسبانيا سنة ١٨٦٢ أتيح بمقتضاها للرعايا الاسبانيين أن يرفعوا دعاويهم فى فرنسا بغير حاجة الى ايداع الكفالة المعروفة باسم *Cautio judicatum solvi* والتى يقصد بها حماية الرعايا الفرنسيين ضد الدعاى الكيدية التى يرفعها عليهم بعض الأجانب . وقد أتى النص بشأنها فى مجموعة المرافعات الفرنسية . فقالت المحاكم الفرنسية بتطبيق نصوص هذه المعاهدات ، وإهمال النص الداخلى . وسارت المحاكم على هذا رأى باطراد ، وأخذت به أخيرا عند تطبيقها لمعاهدة فرساي . وبهذه المناسبة نذكر أن الجمهورية التركية أجرت منذ أكثر من عامين مفاوضات

(١) ومن الأمثلة الهامة فى القضاء البلجيكى فى هذا الصدد . أنه جاء فى اتفاقات لاهاى سنة ١٩٠٢ . أن الأهلية فى عقد الزواج تخضع لقانون جنسية الزوجين المستقبلين . ووفقا للقانون الألمانى (المادة ١٣١٥) لا يجوز للهارب من الخدمة العسكرية ولا للموظف فى خدمة الحكومة الألمانية أن يعقد زواجا بدون ترخيص . حصل أن أراد أحد الهاربين عقد زواجه فى بروكسل ، فرفض الموثق البلجيكى القيام بهذه المهمة مع أنه وفقا للقضاء البلجيكى تكيف مسألة الاذن هذه باعتبارها مسألة ادارية لا دخل لها فى الأهلية ، وان كان النص بشأن الاذن قد ورد فى المجموعة المدنية الألمانية . ازاء هذا الرفض رفع الهارب دعوى على الحكومة البلجيكية يطالبها بالتعويضات . فرفضت المحاكم البلجيكية طلبه ابتدائيا واستئنافيا . ومما اعتمدت عليه فى هذا الصدد أن بلجيكا والمانيا من ضمن الدول التى وقعت على اتفاقية لاهاى السالفة الذكر وان نص الاتفاق يجب أن يفسر بطريقة متجاسة مع التصريح الداخلى البلجيكى ، أى أن التصريح الداخلى ينطبق فقط بالنسبة لرعايا الدول الأخرى غير الموقعة على اتفاقية لاهاى . راجع الحكم الابتدائى الصادر من محكمة بروكسل فى ٢١ يونيو سنة ١٩١٣ Clunet ١٩١٤ . ١٧٢ وتأيد استئنافيا بحكم صادر فى ٢٦ نوفمبر سنة ١٩١٣ . وانظر أيضا *Pillet-Niboyet* . ٥٢٢ . وقد كان هذا القضاء سببا فى أن الحكومة البلجيكية أعلنت خروجها *dénoncer* من الاتفاقية المذكورة .

مع الحكومة المصرية بقصد عقد معاهدة تضع أحكاما جديدة بشأن جنسية الرعايا العثمانيين الذين يقطنون مصر قبل صدور قانون الجنسية المصرية في سنة ١٩٢٩ ، ذلك القانون الذى فصل فى مسألة جنسيتهم الجديدة فاعتبر جانبا منهم مصريين بقوة القانون ، وأباح لبعضهم حق اكتساب الجنسية المصرية بمجرد طلبهم . ويظهر أن هذه النصوص لم ترض الجمهورية التركية كل الرضا ، لذلك تسعى الآن فى تعديلها من طريق عقد معاهدة ^(١) . فاذا فرض أن تمت المعاهدة فانها تكون واجبة التطبيق فى مصر بدون حاجة الى تعديل نصوص قانون الجنسية المصرى .

كذلك عقدت مصر معاهدة مع دولة ايران فى غضون سنة ١٩٢٨ وبمقتضى هذه المعاهدة يعامل الرعايا الايرانيون فى مصر معاملة المصريين ، بمعنى أن المسلم منهم يخضع فى أحواله الشخصية لاختصاص الحاكم الشرعية على أن تطبق هذه المحكمة الشريعة الاسلامية وفقا لما هو جار فى ايران (أى تأخذ بمذهب الشيعة) . ومن المعلوم أنه وفقا لهذا المذهب يعتبر زواج المتعة مشروعاً . بخلاف الحال فى المذهب الحنفى المعترف به فى مصر . ولقد علمنا أن زواجا من هذا النوع عرض أمر صحته أمام القضاء الشرعى فى مصر ، ولكن رفضت المحكمة اعتباره صحيحا وأبت أن تأخذ بحكم مذهب الشيعة فى هذا الصدد ^(٢) . فهل يمكن أن نعتبر أن المحكمة فى هذه الحالة قد خالفت أحكام المعاهدة ، وتكون بذلك قد غلبت التشريع الداخلى عليها وذلك على خلاف رأى المولى عليه فى أوروبا؟ من الممكن القول بأن حكم مذهب الشيعة فى الموضوع السالف الذكر مخالف للنظام العام فى مصر ، ومن ثم من الجائز استبعاده على هذا الأساس ، وفى هذه الحالة

(١) وقد طالت المفاوضات بشأن هذه المعاهدة عدة سنوات ويظهر أنه لا بد من الانتظار طويلا .

(٢) وأثار هذا المسلك الاحتجاج من جانب السفارة الايرانية ، وقد طالبت ببعض ضمانات لتنفيذ أحكام المعاهدة . ولكنها لم توفق فى ذلك . ولعله من المفيد هنا الإشارة الى أن القضاة الايرانيين مجتهدون لا مقلدون كما هى الحال عندنا .

لا تعتبر المحكمة أنها قد غلبت القانون الداخلى على المعاهدة وإنما فسرت المعاهدة على وجه متجانس مع أحكام التشريع الوطنى .

٦٢ — أما بالنسبة للفرض الثانى ، وهو حالة صدور قانون لاحق متناقض مع المعاهدة ، فالتناقض قد يكون صريحا — وهو أمر نادر الوقوع — أو ضمنيا ، وهذا ما يتحقق عملا فى بعض الأحيان . ومن المقرر فى هذه الأحوال أيضا أن نصوص المعاهدة هى الواجبة التطبيق ، اذ الدولة لا يمكنها أن تنهى التزاماتها الدولية بعمل فردى من جانبها ، بل يجب عليها اتباع الطرق المقررة فى القانون الدولى العام^(١) . وتجربى المحاكم الوطنية على التوفيق بين النصوص الداخلية والمعاهدات ، وتطبق هذه النصوص كما لو كان التناقض غير مقصود من جانب المشرع . وهذا ما فعلته المحاكم الفرنسية عند ما صدرت دكرينات الجنسية فى تونس حاوية لبعض نصوص عامة ، تفرض الجنسية الفرنسية على كل من يولد فى الأراضى التونسية ، حتى لو كان أبوه أجنبيا . وتبنى هذه النصوص الجنسية على ما يسمى « بحق الأقليم » *jus soli* . والأخذ بها على ظاهرها يؤدى الى التناقض مع نصوص المعاهدة الايطالية الفرنسية التى تمت فى سنة ١٨٩٧ ، والتى بمقتضاها يحتفظ الايطاليون المولدون فى تونس بجنسيتهم بناء على حق الدم *jus sanguinis* . لذلك رأت المحاكم الفرنسية أن تطبق النصوص الداخلية فى

(١) راجع *Pillet-Niboyet* . ٤٧ وما بعدها وعلى الأخص المراجع الكبيرة التى أشار إليها ومنها حكمين لمحكمة السين ، الأول صادر فى أكتوبر سنة ١٩٢٦ والثانى فى ٢٢ نوفمبر من السنة نفسها ومنشورين فى مجلة القانون الدولى الخاص ١٩٢٧ . ٤٤ ، ٥٠ . وقد أخذ هذان الحكمين بالرأى العكسى أى بتطبيق القانون الداخلى دون المعاهدة اذا كان ملغيا صراحة للمعاهدة اذ القاضى الوطنى يأمر بأمر المشرع الوطنى ، والمعاهدة جزء من القانون الداخلى قد ألغاه قانون جديد صراحة وقد انتقدهما الأستاذ *Niboyet* واعتبرهما ضعيفي الدلالة على رأى القضاء الفرنسى ، لكونهما صادرين من محكمة ابتدائية . وزيادة على ذلك فقد أشار الى أحكام عكسية من محكمة السين ، أحدها صادر فى ٢٨ يونية سنة ١٩٢٦ . جازيت دى باليه ١٩٢٦ . ٢ . ٧٠٤ . ومع ذلك فقد اعتبر الأستاذ رياض الحكمين السالفين كافيين فى التعبير عن الرأى العملى بالمضادة للرأى العكسى الذى يعتبره رأيا نظريا . راجع مؤلفه ١٠ . ٣٣ .

خارج حدود هذه المعاهدة ، وبذلك وقت بين كل تعارض ^(١) . ولقد قال المقرر في مجلس النواب الفرنسي عند عرضه مشروع هذه الدكرينات بأنه لا داعى لاحتوائها على نص خاص يفيد استثناء الرعايا الايطاليين لأن وجود المعاهدة وحدها كاف .

ويتبين مما تقدم أن للمعاهدة في الواقع قوة أكبر من قوة القانون اذ رأينا أنها تتمتع بمركز ممتاز ^(٢) .

٦٣ — المصدر الخامس هو الفقه *La doctrine* : ويسمى هذا المصدر بالمصدر التعليمى *source didactique* لأنه يحوى القواعد والحلول التى يمكن للباحث أن يجدها فى مؤلفات رجال الفقه على اختلاف جنسياتهم وفى مقالاتهم المنشورة فى المجلات المختلفة . وقد ازدادت المؤلفات فى القانون الدولى الخاص زيادة كبيرة فى السنين الأخيرة ، ولكن مع ذلك ما زال المجال متسعا ، فهناك موضوعات كثيرة لم تبحث بحثا علميا كافيا ، وهناك موضوعات لم تبحث أصلا ^(٣) . وكثيرا ما استفادت المحاكم فى مصر من هذا المصدر .

ويختلف الدور الذى يعبه رجال الفقه باختلاف الدول . ففي انجلترا مثلا تكاد تكون مهمة رجال الفقه استنباط للمبادئ والقواعد من بين ثنايا الأحكام وذلك من طريق تحليلها ثم انتقادها ، ولكنهم فى فرنسا لم يقتصروا عند هذا الحد بل ذهبوا الى ابتداع النظريات والحلول مقدما كي يهتدى بها القضاء . ولقد استفاد القضاء فى انجلترا نفسها من ثمرات قرائح الكتاب الفرنسيين .

ومن مظاهر مجهودات رجال فقه القانون الدولى الخاص تلك المعاهد العلمية التى أنشئت فى مختلف البلدان . وأول معهد كان فى مدينة Gand البلجيكية

(١) قارن بند ٦١ . هامش ١ . حيث يتبين ذلك المركز الممتاز .

(٢) انظر فى الموضوع رسالة Wenkler ستراسبورج سنة ١٩٢٦ .

(٣) وهذا طبعى لأن مادة القانون الدولى الخاص حديثة العهد ، هذا علاوة على الصعوبات الكثيرة التى يلاقها الباحث منها .

فى سنة ١٨٧٣ وتبعه انشاء جمعيات Associations دولية فى البلاد المتمدينة^(١) .
وتقوم هذه المعاهد بنشر أبحاث فى مجلدات سنوية Annuaire أو شهرية على
حسب الأحوال . ولا شك أن المشتغلين بالقانون يجدون فيها سنداً كبيراً .

٦٤ — واذا تأملنا فى هذه المصادر الخمسة وجدنا أنه من الصعب
تقسيمها تقسماً علمياً بالمعنى الفنى ، أى تقسماً مانعاً من اندراج بعضها تحت بعض .
فالمصادر الأربعة الأخيرة مزدوجة الصبغة فهى وطنية ودولية فى وقت واحد على
حسب التفاصيل التى ذكرناها . لذلك كان من الصعب الأخذ بالتقسيم الذى
يقول بأن المصادر وطنية بحتة ، ودولية بحتة ، وقال به Pillet^(٢) .
وارتأى الأستاذ Lévy-Ullmann^(٣) ، متابعا فى ذلك ما قال به الأستاذ
Bartin^(٤) من قبل ، أن يكتفى بتقسيم مبادئ مقتضاه تقسيم المصادر الى قريبة
immediates وبعيدة lointaines فالمصادر القريبة هى القانون والقضاء الداخلى
وأقوال الفقهاء الوطنيين ، أما البعيدة فهى العادات الدولية والقضاء الدولى
والاتفاقات والمعاهدات الجمعية وأقوال الفقهاء فى الخارج . فالمصادر القريبة يمكن
الالتجاء إليها مباشرة عندما تعرض مسألة من مسائل القانون الدولى الخاص ، أما
المصادر البعيدة فلا يرجع إليها الا عند عدم وجود ما يكفى فى المصادر الأولى .

ولقد أخذ الأستاذ رياض بتقسيم قريب من السابق فقال ان المصادر
« تنقسم الى مباشرة وغير مباشرة » ثم قسم كلا منها الى مصادر مسطورة وغير
مسطورة . وظاهر أن هذا التقسيم مبدى ويميل الى التوسع فى التحليل .

(١) وفى مصر مشروع يرمى الى افتتاح معهد للقانون الدولى تحت اسم « معهد الدراسات
السياسية والفنصلية » بكلية الحقوق ، ولكنه لم يوضع موضع التنفيذ حتى اليوم .

(٢) راجع مؤلفه ١ . ١١٠ — ١١٥ .

(٣) راجع مذكراته . ٧٢ وما بعدها . أو لا يمكن القول بأن المعاهدات التى توقعها
الدولة ضمن المصادر القريبة ؟ ١ .

(٤) راجع مؤلفه الجزء الأول . ٢٩ وما بعدها حيث تجد تفاصيل هامة .

الفصل الثالث

خصائص القانون الدولي الخاص

٦٥ — ترمى دراسة خصائص القانون الدولي الخاص الى تحديد الموضع الذى يشغله ذلك الفرع من القانون فى النظام القانونى *corpus juris* لكل دولة . فهل تدخل قواعده ضمن القواعد القانونية الخارجية *droit externe* أو ضمن القواعد القانونية الداخلية *droit interne* ^(١) ؟ وكذلك هل يمكن القول بأنها داخلة ضمن القانون العام أو ضمن القانون الخاص ؟ فلو أجبنا عن هذين السؤالين أمكننا معرفة خصائص القانون الدولي الخاص الأساسية .

٦٦ — ولقد أثارت الاجابة عليهما خلافات عدة بين الكتاب وذلك رغم حداثة البحث فى هذا الموضوع . والواقع أن تحديد خصائص القانون الدولي الخاص أمر من الصعوبة بمكان . ويرجع ذلك الى أسباب كثيرة نلخصها فيما يلى . أولا : عدم تجانس موضوعاته تجانسا تاما ، فقد رأينا أن القانون الدولي الخاص يبحث فى خليط من المسائل المتشعبة . فالجنسية داخلة ضمن القانون العام — كما قرره محكمة النقض الفرنسية ^(٢) — اذ الجنسية علاقة سياسية وقانونية بين فرد ودولة . وأما القواعد المتعلقة بتنازع القوانين فانها تعتبر الى حد كبير ضمن القانون الدولي الخاص ، اذ موضوعها علاقات خاصة بين الأفراد مالية كانت أو عائلية . على أننا لو توسعنا فى فكرة تنازع

(١) راجع Lainé . ١ . ٣ و Planiol . ١ . بند ٣١ فى التفرقة بين القانون الخارجى والقانون الداخلى .

(٢) وذلك بحكم أصدرته دوائرها الجمعية فى ٢ فبراير سنة ١٩٢١ ومنشور فى دالوز . ١ . ٥ . وتأيد بحكم آخر من النائرة المدنية فى ١٧ مارس سنة ١٩٢٦ . Clunet . ١٩٢٦ . ٨٩٦ . وسنعود الى بحث هذه المسألة مفصلا فيما بعد .

القوانين وجدنا أنها تمتد أيضا الى القوانين الجنائية والمالية وبذلك تتصل بالقانون العام . ولقد رأينا^(١) أننا استبعدنا هذه المسائل من نطاق القانون الدولي الخاص . أما بالنسبة للقواعد الخاصة بتحديد مركز الأجانب ، فظاهر أنها متصلة بالقانون الدولي العام ، ولو أن المشرع الوطنى هو الذى يضعها ، اذ أنه فى تنظيمه لهذا المركز لا يتمتع بمطلق حريته كما يتبادر الى الذهن لأول وهلة بل هو مقيد فى ذلك بالقواعد المقررة فى القانون الدولي العام . وهكذا تتصل القواعد المتعلقة بها ، بالقانون العام الداخلى من جهة ، وبالقانون العام الخارجى من جهة أخرى ، ومع ذلك فان الدولة فى تشريعها لحالة الأجانب انما تنظم فى الغالب الحقوق الخاصة التى يسمح للأجانب بالتمتع بها ، وهذه الناحية متصلة بالقانون الخاص . فاذا انتقلنا الى قواعد « تنازع الاختصاص » وهى تلك القواعد التى تنظم اختصاص محاكم كل دولة أزاء محاكم الدول الأخرى وجدنا أن هذه القواعد متعلقة من هذه الوجهة بالقانون العام . ومن الجهة الأخرى فان تنظيمها لمسائل الاختصاص يفيد تعلقها بالمسائل الخاصة للأفراد الذين يهمهم معرفة الطرق الواجب اتباعها للوصول الى حقوقهم ، فهى اذن متصلة بالقانون الخاص ، أو ليست قواعد المرافعات ضمن القانون الخاص ؟ أو لا تعتبر اذن قواعد تنازع الاختصاص ملحقه بقواعد المرافعات ؟

ثانيا : ان النصوص القانونية المقررة لقواعد القانون الدولي الخاص مبعثرة فى مجموعات القانون المختلفة ، فمنها ما هو موجود فى المجموعة المدنية ، ومنها ما هو موجود فى المجموعة التجارية ، وكذلك فى مجموعة المرافعات ، هذا علاوة على ما وجد منها فى قوانين منفصلة صدرت على حدة . فليس هناك اذن مجموعة خاصة للقانون الدولي الخاص لها مميزاتها عن سائر المجموعات الأخرى .

ثالثا : عدم الاتفاق على طبيعة مصادر قواعد القانون الدولي الخاص فقد

(١) راجع قبله بند ٢٤ .

رأينا أنه يصعب اعتبارها وطنية بحتة أو دولية بحتة . فإذا كان هناك اختلاف على طبيعة المصادر فليس من الغريب أن يتبع ذلك خلاف على طبيعة القواعد في ذاتها .

٦٧ — هذا ونلفت النظر الى أن تسمية (القانون الدولي الخاص) في ذاتها تشعر بالصعوبة في تحديد خصائصه ، اذ التناقض واضح بين شقيها فكيف يمكن القول بأن القانون « دولي » أى داخل ضمن القانون العام وفي الوقت نفسه أنه « خاص » ؟ ألا تشعر هذه التسمية ^(١) أن هناك ترددا ، على الأقل ، في تحديد خصائص القانون الدولي الخاص والاتفاق على طبيعة قواعده ، وسأعود الى هذه التسمية فيما بعد .

٦٨ — ولدراسة خصائص القانون الدولي الخاص أهميتها من الوجهتين النظرية والعملية ، فعليها تتوقف معرفة الطريقة *méthode* التي ستتبع في دراسة قواعده ^(٢) ، وكيفية تطبيق هذه القواعد وتفسيرها ، اذ الحال تختلف باختلاف ما اذا قلنا انها داخلية ضمن القانون الدولي أو ضمن القانون الوطنى ^(٣) . ولقد فصلت المحاكم الفرنسية ، بمناسبات عدة ، في طبيعة قواعد القانون

(١) كما أن التسمية تشعر بأن هناك علائقا بين الدول ، والحاصل أنها موجودة بين الأفراد . راجع مقال Harrison السابق الإشارة اليه . ٣٣ هـ وكتاب Lainó . ١ . ٢٢ ومؤلف Pillet-Niboyet . ٣٦ .

(٢) وذلك للاختلاف بين الطريقة الدولية والطريقة الوطنية في دراسته . راجع بعده بند ٧٦ .

(٣) وأهم ما يمكن الإشارة اليه في هذا الصدد مسألة الحقوق المكتسبة ، اذ من المعلوم أنه في المسائل المتعلقة بالقانون العام لا محل لاحترام الحقوق المكتسبة ، فالمشرع هنا فى مامن تام . بخلاف الحال فى القانون الخاص فالأصل احترام الحقوق المكتسبة تحت سلطان القوانين القديمة الا اذا وجد نص صريح يفيد العكس .

فتلا اذا أباح قانون الانتخاب لطائفة من الناس حق الانتخاب بشروط معينة وأراد المشرع بعد ذلك أن يعدل من هذه الشروط بحيث يضيق فى نطاق الناخبين فلا محل هنا لاحترام الحقوق المكتسبة وفقا للقانون القديم ، ولا داعى للنص على ذلك صراحة فى القانون الجديد . وسنعرض لهذه المسألة عند بحثنا فى تعاقب قوانين الجنسية المصرية .

الدولى الخاص ، ققضت محكمة النقض الفرنسية^(١) بأن قواعد الجنسية تدخل ضمن القانون العام ، وعلى ذلك فالمدد التى ينص عليها قانون الجنسية لا تخضع لقواعد الايقاف أو القطع المقررة فى القانون المدنى . وكان لهذه المسألة شأن كبير فى تحديد التزامات رعايا دولة فرنسا الموجودين فى الخارج فى فترة الحرب العظمى . وكذلك قررت المحاكم الفرنسية بأن قواعد القانون الدولى الخاص إنما هى جزء من القوانين الوطنيه ، وكان ذلك بمناسبة تطبيق القواعد التى تقررت بمقتضى معاهدة عقدتها فرنسا مع اسبانيا بشأن حالة رعايا الأخيرة الموجودين فى فرنسا . ولقد قررت المحاكم الفرنسية بهذه المناسبة أن القواعد الناشئة عن المعاهدات تفسر بنفس الطرق التى تفسر بها نصوص القانون الداخلية .

ويتبين مما تقدم أهمية الوقوف على خصائص القانون الدولى الخاص وذلك تسهيلا للفصل فى هذه المسائل الفرعية التى يثيرها تطبيق قواعده أمام المحاكم الوطنية .

٦٩ — والآن أعرض لدراسة هذه الخصائص ، فأما الخاصة الأولى

فتتلخص فى معرفة ما اذا كانت هذه القواعد دولية حقيقة أو وطنية ؟ ولقد أشرنا الى هذه المسألة فيما مضى^(٢) وفصلنا فيها بقولنا أن هذه القواعد وطنية بحتة ، ولكن مع ذلك فإن هذا رأى ليس مقرا عليه بالاجماع بل هناك من يخالفه ، وسأبين هذا الخلاف لما له من أهمية .

ولكى يمكننا أن نقف تماما على هذا الخلاف يلزم أن نعرف بالضبط مقدا ، ما هو المراد بالاصطلاح المعروف باسم « قانون دولى » *droit international* فاذا رجعنا الى معناه الحالى وكذلك الى معناه فى الماضى نجد أنه يراد به معنيان :

(١) والحكم صادر فى ٢ فبراير سنة ١٩٢١ . سبرى . ١٩٢١ . ١ . ١١٣ . دالوز . ١٩٢١ . ١ . ١ . مع تعليق من الأستاذ Colin . وقضت المحكمة أن المدد الخاصة باكتساب الجنسية أو فقدانها داخلة ضمن القانون العام ولو وردت النصوص بشأنها فى المجموعة المدنية . وسأعود الى هذه النقطة مفصلا فيما بعد .

(٢) راجع بند ١١ ، ٤٤ .

أولاً : بيان القواعد التي تحكم العلاقات بين أفراد الشعوب المختلفة . وهذا هو ما دلت عليه عبارة *jus gentium* عند الرومان من قبل وذلك بالمقابلة مع عبارة *jus civile* أى القانون الخاص بالرومانيين وحدهم . ثانياً : بيان القواعد التي تحكم العلاقات بين الشعوب المختلفة أو بعبارة قانونية بين الدول المختلفة ، وهذا المعنى كانت تؤديه عبارة *jus inter gentes*^(١) فى الماضى ، وترادفها الآن عبارة « قانون دولى العام » .

ويتبين لنا اذن أن عبارة « قانون دولى » تنبىء عن وجود قواعد مشتركة *commun* بين دول مختلفة ، سواء لحكم علاقاتها بعضها مع بعض أو لحكم العلاقات التي تحصل بين أفرادها . فهل تدخل قواعد القانون الدولى الخاص ضمنها ؟ رأينا أن هذه القواعد مستقلة فى كل دولة عنها فى الدول الأخرى ، وكذلك مختلفة فى كل دولة عنها فى الدول الأخرى^(٢) ، فبينما تخضع دولة مسائل الأحوال الشخصية لقانون الجنسية مثل مصر ، فإن دولاً أخرى تخضعها لقانون الوطن كإنجلترا والبنمارك ، وبينما تخضع دولة مسائل المواريث لحكم قانون الجنسية كإيطاليا فإن البعض الآخر يخضعها لقانون محل العقار كإنجلترا أو لقانون موطن المتوفى الفعلى كفرنسا الخ^(٣) . وكذلك فإن قواعد القانون الدولى الخاص الحالية بعيدة عن أن تحكم مباشرة العلاقات بين أفراد الدول المختلفة كما كانت الحال بالنسبة لقانون الشعوب *Jus gentium* ، اذ أنها تحكم فقط مسائل أولية كتحديد الجنسية ومعرفة القانون

(١) ويميل الأستاذ Lainé الى تسمية القانون الدولى الخاص بأنه *Jus inter gentium leges* أى القانون الذى يفصل بين قوانين الشعوب . راجع مؤلفه . ٦٠١ وفى تفسير معنى الاصطلاحات السابقة كلها يرجع الى George Scelle فى مؤلفه "Les Fondateurs du droit international" سنة ١٩٠٤ .

(٢) وذلك رغم تشابهها فى كثير من الأحيان ورغم الحركة العالمية الفقهية التي تتجه في هذه السبيل .

(٣) والخلاف بينها معقول لأن كل قانون يتطور ويتشكل بحسب البيئة التي ينشأ فيها . وظاهر أن العوامل مختلفة فى كل بيئة عن الأخرى . راجع مقال Harrison السابق الإشارة اليه . ٥٤٨ .

الواجب تطبيقه موضوعا على العلاقة القانونية المتنازع فيها ، وزيادة على ما تقدم فان قواعد القانون الدولي الخاص تحكم أيضا العلاقات التى تنشأ بين أفراد دولة واحدة اذا ما تميزت بعنصر أجنبي كما بيناه من قبل ^(١) .

٧٠ — ومع ذلك فقد وجد من قال بأن القانون الدولي الخاص هو قانون « دولى » وأن القانون الدولي ينقسم الى قسمين ، قانون دولى عام وقانون دولى خاص . أى أن هذا الأخير فرع من القانون الدولي ، وذلك لأنه يحدد مدى سلطان قانون كل دولة بالنسبة لقوانين الدول الأخرى ، ومعنى ذلك أنه ينظم فى الواقع علائق بين الدول . وان كان السبب فى نشوء هذه العلائق يرجع فى الأصل الى وجود معاملات وعلائق بين أفراد الدول المختلفة . وفى الوقت نفسه قال أنصار هذا رأى بوجوب التمييز بين القانون الدولي العام والقانون الدولي الخاص ، ويختلف الأخير عن الأول فى أن موضوعه هو حماية المصالح الخاصة دون المصالح العامة ، اذ يحكم العلائق بين الأفراد لا العلائق بين الدول ، وأن فكرة الجزاء فيه أكثر وضوحا اذ الحاكم الوطنية هى التى تشرف على تطبيقه وتنفيذه لأن قواعده موجودة فى القوانين الداخلية . ولقد دافع عن هذا رأى بحماس الأستاذان Lainé ^(٢) و Weiss وأولهما كان أول من شغل كرسي القانون الدولي الخاص فى كلية حقوق باريس وثانيهما أعقبه فيه . ويؤيدهما فى هذا رأى الأستاذ الحالى Lévy-Ullmann .

ويرى الأستاذ Pillet وهو خلف الأستاذ Weiss أن للقانون الدولي الخاص صبغة مزدوجة فهو دولى فى بعض مظاهره ووطنى فى البعض الآخر ، ولبيان ذلك وتأيدا لرأيه قام بتحليل الموضوعات الداخلة فى نطاقه وبين كيفية اتصالها بالقانون الدولي وبالقانون الوطنى ^(٣) . ولقد سبق أن أوضحت هذه

(١) راجع بند ٣٣ . وراجع أيضا Sarville . ص ١٦ .

(٢) راجع مؤلفه ٣٠١٠ . ومؤلف الأستاذ محمود سامى جنيته فى القانون الدولي العام ١٣٠ .

(٣) راجع مؤلف Pillet المطول ١٠ . ١٨ — ٢١ .

المسألة بإيجاز في معرض الكلام في صعوبة دراسة خصائص القانون الدولي الخاص .

والرأى الذى قال به Pillet هو رأى وسط بين رأى الأول والرأى الذى قال به الأستاذ Bartin^(١) الذى تولى بعده تدريس مادة القانون الدولي الخاص . ويتلخص رأى الأخير في أن القانون الدولي الخاص ليس دوليا بل هو قانون وطنى داخلى . فالدولة بما لها من سيادة هى التى تضع هذه القواعد على هيئة نصوص تشريعية تطبقها المحاكم . وعند وضعها هذه القواعد تتمتع الدولة بكل حرية في تحديد أحوال تطبيق القوانين الأجنبية ومدى سلطان القوانين الوطنية . ولا يمكن أن تخضع الدولة في عملها هذا لسيادة أية دولة أجنبية أخرى .

وهذا رأى وان كان متفقا مع الواقع الى حد كبير الا أنه مع ذلك يشعر بمبالغة في مدى سيادة الدولة ، اذ من المقرر في القانون الدولي العام أن سيادة الدولة نسبية وليست مطلقة ، وأنها لذلك تقبل القيود . وعلى أية حال فان الدولة في تشريعها في مسائل القانون الدولي الخاص لا تتمتع بتلك الحرية اللانهائية التى قد تفهم من كتابات الأستاذ Bartin .

٧١ — والواقع أن القانون الدولي الخاص قانون وطنى^(٢) . وهذا

(١) راجع مؤلفه ١١٣ . ١ . وما بعدها .

(٢) راجع Laine ١ . ٢٢ . وقد رأينا مع ذلك أن المشرع الوطنى يحدد أحوال تطبيق القوانين الأجنبية في قواعد تنازع القوانين على الوجه الذى يراه . ومن الممكن أن يستتج من هذا المسلك الشائع عند سائر المشرعين ، ان المشرع الوطنى في كل دولة لا يتمتع بحرية لانهائية اذ لا يمكنه مطلقا أن يتجاهل وجود أحوال لا تنطبق فيها قوانينه كما لا تختص بشأنها محاكمه . فهذا الالتزام من جانب المشرع الوطنى في كل دولة بالسماح بتطبيق التشريعات الأجنبية في بعض الأحوال ، وكذلك بترك الاختصاص للمحاكم الأجنبية في أحوال أخرى ، ألا يمكن اعتباره التزاما دوليا ؟

ومن الجهة الأخرى اذا سلمنا بهذا الالتزام ، فان تحديد نطاقه يدخل في اختصاص المشرع الوطنى فيحدده وفقا لمصالح دولته حسبما يراه . وعلى أى الأحوال فان هناك قدرا أقل minimum =

لا يمنع من وجود علاقة قوية بينه وبين القانون الدولى العام^(١) كما يظهر ذلك جليا فى تحديد معنى السيادة وشخصية الدول الأجنبية وتنفيذ المعاهدات . ولكن هل يمكن اعتباره قرعا من القانون الخاص أو من القانون العام كما زعم البعض ؟ لكى يمكننا أن نكشف عن مدار الاختلاف فى رأى بشأن هذا الموضوع يجب أن نميز بين القانون الخاص والقانون العام . فالقانون الخاص هو ذلك القانون الذى ينظم مصالح الأفراد وعلائقهم فيما بينهم بخلاف القانون العام الذى ينظم المصالح العامة وعلائق الأفراد مع الدولة أو مع الهيئات الأخرى المتفرعة عنها . فاذا نظرنا الى القانون الدولى الخاص وجدنا أنه ينظم مصالح خاصة وعلائق بين الأفراد بعضهم وبعض ، وعلى الأخص اذا ما اختلفت جنسية هؤلاء الأفراد . وعلى ذلك يمكننا القول بأنه داخل فى القانون الخاص ، وهذا الرأى قد أخذت به أغلبية المؤلفين^(٢) ، ولكن خالفهم الأستاذ Pillet^(٣) الذى اعتبره داخلا ضمن القانون العام ، واستند فى ذلك على أن الجنسية وهى من ضمن موضوعات القانون الدولى الخاص ، إنما تدخل فى القانون العام حسبما قرره محكمة النقض الفرنسية مرارا — وسنعرض لهذه المسألة فى مناسبات أخرى فيما بعد — ولما كان هذا الاستناد وجيبا من جانب الأستاذ Pillet رفض الأستاذ Bartin^(٤) اعتبار الجنسية ضمن موضوعات القانون الدولى الخاص ، فأهل الكلام عليها فى مؤلفه الحديث . وأضاف الأستاذ Pillet تأييدا لرأيه ، أن تنظيم حالة الأجانب فى الدولة متعلق أيضا

== يجب أن يسمح فيه بتطبيق التشريعات الأجنبية حتى اذا خالفه الممرع الوطنى فى أية دولة اعتبرت دولته خارجة عن نطاق الأمم المتمدينة . قارن بند ٢٥ . و Bartin . ١ . ١١٣ .

(١) انظر مؤلف Arminjon . ١ . ٢٣ .

(٢) راجع Capitant . ١ . ٤٤٩ .

(٣) راجع مقالا له فى المجلة Revue ١٩٠٩ . ٧٩٠ — ٧٩٩ .

(٤) راجع مؤلفه . ٧ .

بالقانون العام أكثر من تعلقه بالقانون الخاص . أما بالنسبة لمسألة تنازع القوانين فإنها وإن تعلقت بمصالح خاصة إلا أنها تخفى وراءها دائماً تنازعا بين السیادات وليس هناك شيء أدخل في القانون العام من سیادة الدولة ، فقواعد تنازع القوانين قبل أن تفصل في مسائل متعلقة بمصالح الأفراد تفصل أولا في مسألة ، أى القوانين هو الواجب التطبيق ، وبدهى أن هذه المسألة متعلقة بالقانون العام ^(١) .

٧٢ — يتبين مما تقدم أن خصائص القانون الدولي الخاص تتلخص فيما يأتي : أولا : أنه قانون وطني لا دولي ، وذلك رغم الحركة القائمة الآن في العالم المتمدين في سبيل توحيد قواعده ، وهذا التوحيد كما رأينا أمر بعيد الحصول . فاذا فرض جدلا أنه تحقق يوما ^(٢) ما عندئذ يمكن القول بأن هذا القانون « دولي » . ومن الجهة الأخرى لا يمكن الاعتماد على أن قواعده تحدد أحوال تطبيق قوانين البلاد المختلفة ، حتى نستطيع أن نقول بأنه ينظم علائق بين الدول ومن ثم يصبح قانونا دوليا ، وذلك لأن القانون الدولي كما رأينا ، هو ذلك القانون المشترك commun الذي ينظم العلائق بين الدول . وهذا الأمر غير متحقق هنا . ثانيا : أنه قانون خاص لأن العبرة بالمصالح والعلائق التي يحكمها وهي خاصة كما سبق أن بيناه .

٧٣ — ويمكننا أن نضيف الى هاتين الخاصتين الرئيسيتين خاصة ثالثة ، وهي أنه قانون غير مكتوب ، أى قانون مبني على العادات أكثر منه

(١) راجع Pillet-Niboyet . ٢٢ وما بعدها حيث يقرر بأن قواعد الأسناد إنما تحدد مدى تطبيق القانون الوطني بالنسبة للقوانين الأجنبية ، وهذه مسألة متعلقة بالقانون العام قبل كل شيء .

(٢) وهذا الأمل ما زال بعيد التحقيق وإن كان الأستاذ Lainé قد تنبأ بقرب تحقيقه عملا منذ سنة ١٨٨٨ . راجع كتابه . ١ . ٤٤ . ولكن كل هذا لا ينفي أنه بجانب القواعد الوضعية السائدة في كل دولة ، توجد قواعد أخرى ، من المرغوب فيه أن تسود ، لأنها أقرب الى تحقيق العدالة من غيرها . هذا النوع الأخير من قواعد القانون الدولي الخاص يطلق عليه بالفرنسية D. I. P. rationnel . راجع Surville . ١٨ .

على النصوص التشريعية ، اذ عرفنا أن هذه الأخيرة قليلة الشأن ^(١) وذلك رغم حركة التجميع والتقنين التى نشطته فى السنوات الأخيرة ^(٢) . ومن المعلوم أن التشريع فى مسائل القانون الدولى الخاص ما زال من الصعوبة بمكان حتى اليوم وذلك لدقتها ولا اتصال التشريع فيها عادة بمسائل تهتم دولاً أجنبية عدة ، اذ قد تؤثر فى سيادة قوانينها على رعاياها الموجودين فى الخارج كما أشرت الى ذلك مراراً .

٧٤ — والواقع أن تسمية « القانون الدولى الخاص » تسمية غير موفقة لأنها لا تتفق مع الواقع كما رأينا ^(٣) . فما هو السر فى الاحتفاظ بها ؟ يرجع تاريخ هذه التسمية الى القرن التاسع عشر اذ كانت قواعد القانون الدولى الخاص يطلق عليها فيما مضى « قواعد تنازع القوانين » وأول من ابتكر التسمية الحديثة مؤلف أمريكى يدعى Story الذى أخرج مؤلفاً فى سنة ١٨٣٤ عنوانه « Commentaries on the conflict of laws » ولكنه قد استعمل مع ذلك عبارة Private international law فى مناسبات عدة فى كتابه ^(٤) . ونقلها عنه محام فرنسى يدعى Foelix فى مؤلف أخرجه فى سنة ١٨٤٣ ، واستحسنها المؤلف الانجليزى Westlake ، ثم جراه فى ذلك المؤلف الألمانى

(١) ويظهر أن العلة فى ضالة النصوص ترجع الى صعوبة الاتفاق على حل واحد لمسألة معينة وعلى الأخص فى بداية التشريع اذ كانت الخلافات كبيرة . ولما كان هذا الفرع من القانون فى موضوعاته حديثاً عند وضع التشريع الفرنسى ، وكذلك كانت النظريات المختلفة بشأنه ما زالت فى دور التكوين رؤى أنه من الأوفق الوقوف عند الحلول التى أقرها الاجماع وترك ما عدا ذلك للقضاء فيقرر ما يراه موافقاً لمقتضيات العصر ، بعد نضوج البحث والتجربة . قارن Pillet-Niboyet . ٣٨ .

(٢) وأقصد بذلك الإشارة الى مؤتمرات لاهاى ومجهدات عصبة الأمم الأخيرة ومؤتمر هافانا بين دول أمريكا الجنوبية . ويمكن من استقراء نتائج هذه المؤتمرات القول بأن قواعد تنازع القوانين فى مختلف الدول تكاد تكون متشابهة . وهذه الخطوة جديرة بالنظر .

(٣) راجع قبله بند ٦٠ و Arminjon . ١ . ١٦ .

(٤) راجع قبله بند ١ .

Schœffner فلم يمحض القرن التاسع عشر الا وكان الاصطلاح شائع الاستعمال في أمريكا وأوروبا بحيث يصعب الآن الاقلاع عنه الى اصطلاح آخر^(١) وأذكر بهذه المناسبة أن الأستاذ Arminjon قد اقترح تسميته Le droit intersystématiques وفي هذه التسمية اشارة الى نظرياته وأفكاره الخاصة ، لذلك لم تصادف نجاحا خارج مؤلفه^(٢) .

٧٥ — ولقد قامت الخلافات في مبدأ الأمر على طبيعة قواعد القانون الدولي الخاص ، وهل يمكن اعتبارها قواعد قانونية أولا ، وذلك لانبناء أغلبها على العادات ، ولكن استقر الرأي على اعتبارها جزءا من القوانين الداخلية في كل دولة حتى ولو لم تصدر بشأنها نصوص تشريعية^(٣) .

٧٦ — وللانتهاء من هذه المقدمة نشير الى طرق دراسة قواعد القانون الدولي الخاص ؟

هناك طريقتان لدراسته : الطريقة الأولى ، هي الطريقة الدولية *méthode internationale* ، ويسميا البعض بالطريقة النظرية *méthode théorique* ، ومقتضاها دراسة المبادئ الرئيسية التي يقوم عليها القانون الدولي الخاص في بلاد العالم المتمدين باعتبار أن هذه المبادئ موحدة أو على الأقل في طريق التوحيد . والكتاب الذين اتبعوا هذه الطريقة وضعوا نظريات مختلفة ، دافع كل منهم فيها عن طائفة من المبادئ والحلول العامة المقترحة لحل صعوبات تنازع القوانين . فهذه الطريقة النظرية منطقية^(٤) بحجة اذ المبادئ موضوعة مقدما *à priori* وليس هناك سوى تطبيقها على ما يجد من الأحوال . وقد تأثر هؤلاء الكتاب في وضع نظرياتهم في تنازع القوانين ، بأفكار مختلفة ، فمنهم

(١) راجع Pillet-Niboyet ٣٦ — ٣٧ .

(٢) انظر مؤلفه ١٧ . ١ .

(٣) ويوجد هذا الخلاف مفصلا في مؤلف Lainé ١٩ . ١ . وما بعدها .

(٤) راجع Arminjon ٣٧ . ١ . فهذه الطريقة تقوم اذن على الاستنتاج *dédution* .

من تأثر بفكرة الجنسية فغلب تطبيق قانون الجنسية^(١)، ومنهم من تأثر بفكرة سيادة الدولة وإقليمية القوانين فحذ تطبيق القانون الوطنى ما أمكن^(٢). ومنهم من تأثر بفكرة احترام الحقوق المكتسبة^(٣). وسنرى تفصيل ذلك عند ما نبحث تاريخ نظريات تنازع القوانين.

فهل يكون من الصواب أن ندرس مادة القانون الدولي الخاص وفقا لهذه الطريقة ؟ اننى لا أستصوب الأخذ بها على طول الخط. لأن اتباع هذه الطريقة وإن كان مفيدا من وجهة التكوين العلمى، إلا أنها تبعدنا كل البعد عن الوقوف على الحالة الواقعية للقانون الدولي الخاص فى البلاد المختلفة، وهذه نقطة من الأهمية بمكان^(٤). على أن لهذه الطريقة ميزة أخرى، وهى أنها لا تنظر فى اختيار القانون الواجب التطبيق إلا لا اعتبارات العدالة فحسب دون التأثير بالمواطف الوطنية أو بالموثرات الأخرى.

أما الطريقة الثانية، فهى الطريقة الوطنية national أو الطريقة العملية positive وأساسها دراسة النصوص التشريعية السائدة فى بلد ما، وكذلك العادات المطبقة فيها بوساطة محاكمها. فهذه الطريقة عملية ومن مميزاتها أنها تبعدنا عن التعميم الموجود فى الطريقة الأولى. فيمكننا بذلك أن نواجه الحقائق وأن نلمس الخلافات بين القواعد السائدة فى البلاد المختلفة وأسبابه، ويتيسر بذلك معرفة كيفية الاتفاق على توحيد هذه القواعد إن كان ذلك فى حيز الامكان.

فاتباع الطريقة الوطنية من مقتضاه اذن بحث النصوص التشريعية

(١) كالعلامة Mancini الايطالى ومن تابعه فى فرنسا مثل Weiss و Andinet.

(٢) كالعلامة Bartin.

(٣) كالعلامة Pillet.

(٤) وهنا تظهر العلاقة القوية بين القانون الدولي الخاص وعلم القانون المقارن. انظر مذكرات Lévy-Ullmann . ٤٦ حيث بين أغراض دراسة هذا العلم الأخير.

وتطبيقاتها ، والانتقادات التي وجهت والتي يمكن أن توجه إليها ، والسعى في تكملة نقصها ، وذلك بالرجوع الى العادات وأحكام المحاكم ، وفي النهاية الى مبادئ العدالة التي تتجانس مع روح النظام القانوني السائد في الدولة . فالطريقة الوطنية تحليلية Analytique اذ أسامها تحليل العلاقة القانونية واسنادها الى حكم قانون معين ولو لم يرد بذلك نص صريح في قواعد الاسناد الوطنية ، في ضوء الاتجاهات التي ذكرناها . فدراسة القانون الدولي الخاص على هذا النمط اذن دراسة تشريعية قضائية ، فقهية ، ولا بد فيها من الوقوف على أحكام القانون المقارن ^(١) تسهila للأمر لكي يمكن سد النقص في نصوصنا التشريعية .

ولكن اتباع هذه الطريقة العملية وحدها في الدراسة لا يكفي . اذ لا بد من اتباع الطريقة النظرية في دراسة تنازع القوانين لكي نقف على ما وضعه الكتاب من نظريات كان لها أكبر أثر في التشريعات المختلفة في الماضي وفي الحاضر ، ولقد قدمنا أن هذا الفرع من القانون انما يقوم على العادة الدولية التي ترجع في مبدئها الى القرن الثالث عشر ومن هنا كانت دراسة القانون الدولي الخاص من هذه الوجهة دراسة تاريخية نظرية للوقوف على هذه الجهود المشتركة التي أنارت السبيل أمام المشرعين والقضاء في مختلف البلاد .

أما الخطة التي سأتبناها في دراسة هذه المادة فتتأخص فيما يلي : البدء بدراسة تنازع القوانين والاختصاص اذ القواعد المتعلقة بهما هي القواعد الرئيسية في القانون الدولي الخاص ، ثم أنتقل بعد ذلك الى دراسة الجنسية المصرية وحالة الأجانب في مصر . وهذه الخطة منطقية وتتمشى مع المقدمات التي أوردناها وسنجمع بين الطريقتين العالميتين السالفتين على حسب الموضوعات التي نتناولها بالبحث .

(١) وتتبع الطريقة المقارنة في الكتب الموسعة ولذلك ابتعدنا عنها ما أمكن .

الكتاب الأول

في

تنازع القوانين

تمهيد

٧٧ - رأينا أنه لكي يكون هناك تنازع قوانين بالمعنى المعروف في القانون الدولي الخاص يلزم . أولا : نشوء علائق قانونية أجنبية في أحد عناصرها على الأقل . ثانيا : وجود دول متمدنة لكل منها تشريعها الخاص بها .

فاذا وجد تنازع قوانين فصل فيه القاضى بمقتضى القواعد المعروفة باسم « قواعد تنازع القوانين » أو « قواعد الاسناد » . ومن المعلوم أن هذه القواعد قد عرفت منذ القرن التاسع عشر باسم قواعد القانون الدولي الخاص ، وأنها تحت هذا الاسم الجديد شملت القواعد المتعلقة بالجنسية وحالة الأجانب ^(١) .

فقواعد تنازع القوانين الوطنية هي التي تحل لنا مسائل تنازع القوانين وذلك من طريق ارشادنا عن القانون الواجب التطبيق ^(٢) . وبدهى أن تكون مسائل تنازع القوانين قد سبقت في ظهورها القواعد الخاصة بها . فيجب اذن معرفة الوقت الذى ظهرت فيه هذه المسائل ؟ وهذا ما سنفرد له فصلا على حدة نبحث فيه تاريخ تنازع القوانين أو بعبارة أخرى تاريخ النظريات التي ابتكرت لحل مشاكله ، فنأتى بذلك على الأدوار التي مرت بها هذه القواعد ومقدار حظها من التقدم ، حتى اذا ما انتهينا من بحث هذه النظريات ، انتقلنا الى دراسة تنازع القوانين في مصر ، وبذلك تتبع الدراسة النظرية بدراسة عملية وضعية .

ولكن لما كانت مسائل تنازع القوانين من الأهمية بحيث أنها أثارت أبحاثا ونظريات جديدة من الكتاب المعاصرين عقب ظهور التشريع المصرى ، فانا سنعرض لبحث نظرياتهم وحلولهم المقترحة ، لأن هذه النظريات هي أساس لكل اصلاح تشريعى في المستقبل *lege ferenda* . وبهذا تتم دراسة النظريات السابقة على التشريع المصرى ، والتي أثرت فيه تارة من طريق تأثيرها في التشريع الفرنسى وأخرى من طريق مباشر ، والنظريات اللاحقة التي يحتمل أن تؤثر فيه اذا ما أريد الاصلاح والتنقيح .

(١) وذلك حسب رأى المقر عليه عند أغلب الكتاب .

(٢) سواء كان هذا القانون وطنيا أو أجنبيا . ومن هنا يرى ان قواعد تنازع القوانين في كل دولة إنما هي مظهر من مظاهر التضامن العالمى .

الفصل الأول

في

تاريخ تنازع القوانين

المبحث الأول

عموميات

٧٨ — لما انتشرت التجارة بين أفراد الشعوب المختلفة شعر الناس بضرورة وضع قواعد لتنظيم العلائق القانونية المتميزة بوجود عنصر أجنبي فيها . ولم تظهر هذه القواعد طفرة واحدة بل سارت في سبيل التدرج . ومن المشاهد أنها عند ما تقدمت في طريقها عاوتت على تنمية العلائق السابقة وانتشارها . فبعد أن كانت الأخيرة في أول الأمر قليلة محدودة العدد أصبحت اليوم من الأهمية بحيث تعتبر أساسا من أسس المدنية الحاضرة . ونظرة سريعة الى المجتمع الحالى تثبت بجلاء ما قدمناه . فالزواج المختلط ، وتوطن الأجانب في غير بلادهم ، وتبادل الثقافات المختلفة ، كلها أدلة ناطقة على تعقد الحياة الدولية الخاصة ، وعلى أهمية الدور الذي لعبته قواعد تنازع القوانين . وهكذا ظهرت هذه القواعد القانونية تحت ضغط الوقائع الجديدة ، وهى نشوء العلائق القانونية ذات العنصر الأجنبي ، كي تخدمها وتعمل على ازدهارها وتكون بذلك عاملا هاما من عوامل ازدياد نموها بجانب العوامل الأخرى^(١) .

بناء على ما تقدم كان من المفيد دراسة قواعد تنازع القوانين في الأدوار المختلفة التى مرت بها . وهذه الدراسة التاريخية لا يقصد بها مجرد التوسع العلمى

(١) وأخصها سهولة طرق المواصلات والاتصال بين الناس بمختلف الوسائل الحديثة كاللاسلكي وإذاعة الراديو .

«*érudition*» وإنما ترمى الى الموازنة بين ما كان متبعاً في العصور السالفة ، وما هو متبع في الوقت الحاضر ابتغاء الاصلاح والوقوف على وسائله . على أنه لا يفوتنا بهذه المناسبة أن نقرر هنا ، وجود شبه كبير بين الحلول المتبعة الآن ، والحلول التي قيل بها منذ قرون عدة ، وأن النظريات المختلفة التي قال بها العلماء تقف غالباً في اختلافها عند حد الأسس المقترحة ، لا في الحلول المشار باتباعها ، اذ بينها اتحاد في الحلول في كثير من الأحيان ، ولذلك شبهها البعض بالأبنية المختلفة الأسس والمتحدة في العمارة الخارجية^(١) . وبسبب الشبه الموجود بين ما هو متبع فعلاً وبين النظريات التاريخية ، كان من الطبيعي أن ندرس هذه الأخيرة كي تقف على علة ظهورها وحظها في التطبيق . ويضاف الى كل ما تقدم أن النصوص التشريعية الحالية بعيدة عن اعطاء الحلول لكل مسائل تنازع القوانين التي تعرض عملاً وبما أنه من المحتم على القاضي أن يفصل فيها رغم ذلك ، فمن الأولى به أن يرجع الى هذه النظريات التاريخية للوصول الى الحل المناسب من طريق بحثه في ضوءها ، وذلك تحقيقاً للعدالة .

٧٩ — ويتبين من الايضاحات الموجزة السابقة أن ازدهار نظريات تنازع القوانين مقرون بانتشار التجارة والتعارف بين الناس ، ومن ثم تزداد العلائق القانونية ذات العنصر الأجنبي . فاذا ما رفع نزاع بشأنها الى القضاء وجب الفصل فيه موضوعياً ، وفقاً لأحكام قانون ما . ولا جدال في أنه من الممكن القضاء على كل تنازع اذا اتبع القاضي أحد المبدأين الآتين : المبدأ الأول . هو مبدأ شخصية القوانين *la personnalité des lois*^(٢) ، بمعنى أنه يطبق على كل

(١) راجع Arminjon . ١ . ٤٨ .

(٢) وتجب التفرقة بين شخصية القوانين وخروجها عن الاقليم *extrn-territorialité* اذ أن معنى الاصطلاح الأخير أن القاضي الوطني يطبق قانوناً أجنبياً على تصرفات حصلت داخل حدود بلد القاضي ، وذلك بغض النظر عن جنسية الأشخاص طرفي العلاقة القانونية . فعندئذ يكون القانون المطبق قد تجاوز اقليمه الأصلي الى اقليم آخر . انظر Pillet-Niboyet . ٣٨٣ .

شخص قانونه الخاص به ، أى من كان انجليزياطبق عليه القانون الانجليزى ، ومن كان مصريةا طبق عليه القانون المصرى . . . الخ فالقانون الشخصى هنا معناه قانون الجنسية ، كما يصح أن يكون معناه قانون الوطن ، أو قانون محل الإقامة أو الديانة على حسب الأحوال . فشخصية القوانين على هذا الوجه مطلقة لا تقف عند الحد المعترف به الآن ^(١) ، بل تشمل كل العلائق القانونية مدنية كانت أو جنائية . وهذا المعنى فى شخصية القوانين هو الذى كان متبعاً فيما مضى عند الأمم المتبررة . أما المبدأ الثانى . فهو مبدأ اقليمية القوانين territorialité des lois ، أى أن من يحل فى بلد معين يطبق عليه قوانين ذلك البلد فى كل علاقته القانونية عائلية كانت أو مالية ، مدنية كانت أو جنائية ^(٢) . وقد كان هذا المبدأ سائدا الى حد كبير فى عهد الاقطاع « féodalité » وما زال مأخوذا به الى اليوم ، ولكن بالنسبة لبعض القوانين فقط ونذكر منها القوانين الجنائية والقوانين التى تحكم العقارات وقوانين النظام العام .

فاذا اتبع القاضى أحد هذين المبدأين انتفى كل تنازع لأن الحل معروف مقدما ، وهو تطبيق القانون الشخصى أو القانون الاقليمى على حسب الأحوال . وتاريخ نظريات تنازع القوانين حتى نهاية القرن الثامن عشر هو بالجملة تاريخ النضال بين هذين المبدأين وتحديد نطاق كل منهما اذ رؤى أنه من الأوفق عدم الاطلاق فى تطبيق كل منهما ^(٣) ، بل لا بد من الجمع بينهما ، فسمح فى بعض الأحيان بتطبيق القانون الشخصى ، وفى البعض الآخر بتطبيق القانون الاقليمى ^(٤) .

(١) راجع معنى شخصية القوانين عند Mancini وفى المعنى القديم Lainé . ١ . ٥٩ .

(٢) هذا بالنسبة للعلائق المستقبلية أى التى تتم بعد دخول الشخص الاقليم الجديد ، أما بالنسبة للعلائق السابقة فيجب أن تتبع أحكام قوانين الدولة التى تمت فى اقليمها . انظر هامش (٤) .

(٣) انظر قبله بند ٣٤ وما بعده ومقال Weiss . كتاب العبد المثنوى . ١ . ٢٤٩ .

(٤) وهذا لا يننى أنه فى الوقت الحاضر قد يطبق القاضى الوطنى تشريعات أجنبية لا باعتبار أنها قوانين شخصية ، بل باعتبار أن المتعاقدين قد اختارا تشريعا معينا ، أو أن هذا التشريع هو قانون موقع المال ، أو أنه قانون الجهة التى تم فيها التصرف تطبيقا لقاعدة Lotus .

وعلظأن المراد بالقانون الاقللمى فى المعنى الذى نحن بصدده هنا هو قانون القاضى *Lex fori*. وهذا ىخالف المصطلح الآن من أن القانون الاقللمى ، هو قانون موقع المال ^(١).

٨٠ — والحاصل أن سىادة القانون فى ذاته ترتكز على أساسىن . الأول : أساس الاقليم ، الذى ىنفذ فىه هذا القانون ، بمعنى أنه ىنطبق على الأشخاص والأشياء الموجودىن فى داخل حدود دولة معينة ، ولا ىتجاوزها الى اقليم دولة أخرى . وهذا هو المراد بالسىادة الاقللمىة للقانون *souveraineté territoriale* . ولا تعتبر الدولة مستقلة تماماً فى اقليمها اذا سادت فىها جملة تشرىعات مختلفة ، كما هى الحال فى بلاد الامتيازات *pays des capitulations* اذا تعتبر الأخيرة فى منزلة أقل من الدول الأخرى . الثانى : أساس الأشخاص ، ومقتضاه أن القانون انما وضع لأجل تطبقه ، فى الأصل ، على الأشخاص الذىن تربطهم بالدولة رابطة التبعية . وهذا هو المراد بالسىادة الشخصية للقوانىن *souveraineté personnelle* . فاذا ما أوصت قواعد الاسناد بتطبقى القانون الوطنى ، فمؤدى ذلك عادة ^(٢) تغلب السىادة الاقللمىة للقانون الوطنى على السىادة الشخصية للقانون الأجنبى ، وعلى العكس اذا ما أوصت بتطبقى تشرىع أجنبى فمفهوم ذلك عادة انكماش السىادة الاقللمىة للقانون الوطنى وتغلب السىادة الشخصية للقانون الأجنبى . وقد رأىنا أن السماح بتطبقى القوانىن الأجنبية انما يقوم على اعتبارات متعلقة بالعدالة ، تلك الاعتربارات التى تنبه لها المشتغلون بالقانون منذ القرن الثالث عشر فانهوا الى القول بالنظرىة الشهيرة المعروفة باسم نظرىة الأحوال *In théorie des statuts* فى القرن السادس عشر .

٨١ — ونشأت أصول *origines* هذه النظرىة فى منتصف القرن الثالث

(١) فاذا سلمنا بمبدأ اقللمىة القانون كى يحكم جمىع التصرفات التى تتم داخل اقليم الدولة فان مؤدى ذلك أنه اذا عرض النزاع أمام محاكم دولة أخرى فعلىها فى هذه الحالة أن تطبقى قانون الدولة الأولى لأن التصرف لم يتم فى داخل اقليم الدولة الثانية . انظر Pillet-Niboyet . ٣٨٣ وكذلك مؤلفنا . ٩٠ . هامش ٢ .

(٢) اذا ىحتمل أن أساس تطبقى القانون الأجنبى اعتبارات أخرى خلاف الاعتربارات الشخصية ، كما فى المسائل المتعلقة بالشكل أو بالأموال .

عشر. وبدراستها تبدأ دراسة تاريخ نظريات تنازع القوانين . ولقد أراد واضعو نظرية الأحوال في مبدأ الأمر حل اشكالات تنازع القوانين التي تنشأ بين التشريعات المحلية Lois locales في بلد واحد ، ثم بعد ذلك ما ينشأ منها بين تشريعات الدول المختلفة Lois nationales ^(١) . ومن الصعب تحديد القواعد التفصيلية التي قالت بها هذه النظرية . ولكن من المسلم به ، مع ذلك ، أنها تقوم بالجملة على تقسيم القوانين الى شخصية ^(٢) ، أى موضوعها الأشخاص ، وعينية ، أى موضوعها الأعيان . والسرف في الصعوبة السالفة راجع الى الأدوار والتطورات التي مرت بها النظرية في الأزمنة والبلاد المختلفة ، اذ أنها عرفت أصولها الأولى في ايطاليا ثم ظهرت قوية في فرنسا ، ومنها انتقلت الى هولندا ثم انتهت بعد ذلك في القرن الثامن عشر .

فالنظرية الايطالية القديمة وان كانت لم تعرف تقسيم الأحوال الى شخصية وعينية بطريقة ظاهرة ، فإنها قد أدت بلا شك الى ظهور نظرية الأحوال الفرنسية ، وذلك بفضل مجهودات d'Argentré الذي انتقلت نظريته الى هولندا حيث أخذت فيها شكلا مخالفا بعض المخالفة ، وعرفت مع ذلك باسم نظرية الأحوال الهولندية . ورغم وجود بعض الخلافات بين النظرية الفرنسية والهولندية فمن المتفق عليه أن الأسس واحدة تقريبا ^(٣) .

٨٢ — ويحق لنا أن نتساءل عن السرف في اعتبار القرن الثالث عشر بداية لدراسة تاريخ تنازع القوانين . والاجابة عن ذلك ليست عسيرة في شيء ، وتتلخص في أن الظروف ما كانت تسمح بنشوء نظريات في تنازع القوانين قبل هذا التاريخ اذ كان من المقرر فيما مضى عند الرومان تطبيق القانون الروماني على الرومانيين دون غيرهم jus civile وقانون الشعوب على العلائق مع الأجانب jus gentium ^(٤) .

(١) انظر Lainé . ١ . ٤٠٧ و ٧٤ وما بعدها .

(٢) ويلاحظ الاختلاف في المعنى بين الشخصية هنا في نظرية الأحوال وبين مبدأ شخصية القوانين . راجع بند ٧٩ .

(٣) انظر هذه الخلافات في مؤلفات الكتاب الأقدمين مثل Boullenois و Foelix ومن أهمها عدم اعتبار وجود نظرية قديمة ايطالية للأحوال . انظر أيضا بعده بند ٨٩ .

(٤) راجع Westlake . ١٠ . و Surville . ٢٥ .

فالواقع اذن أن القانون الروماني (بنوعيه السالفين) قانون اقليمي يطبق في كل أنحاء الدولة الرومانية على الرومان وعلى الأجانب بحسب الأحوال ^(١) . ولم تكن الدولة الرومانية تعترف بوجود علائق مع الأمم المتبربرة التي لم تخضع لحكمها . فلم يكن هناك مجال لوجود تنازع بين القوانين . واستمرت الحال على هذا النحو الى أن سقطت الامبراطورية الرومانية وغزاها البربر Les Barbares . وهؤلاء على عكس الرومان اتبعوا مبدأ شخصية القوانين بصفة مطلقة ، فكان يطبق على كل فرد قانون قبيلته ^(٢) وذلك في جميع علاقته ، الى أن ظهرت الامبراطورية الجرمانية القديمة فرجعت الى القانون الروماني من جديد . ولكن حصل في غضون القرن الثالث عشر أن تحررت مدن لومبارديا من حكم الامبراطورية الجرمانية فتحولت الى جمهوريات صغيرة مستقلة فعلا ، لكل منها قانونها statut الخاص بها . ولما كانت هذه الجمهوريات تجارية فان العلائق القانونية بين أفرادها تكاثرت ، وأدى ذلك الى البحث عن القانون الواجب التطبيق بين هذه القوانين اذا ما اختلف هؤلاء الأفراد في التبعية . وتأثر الباحثون في ذلك باعتبارات العدالة أكثر من تأثرهم باعتبارات السيادة . ومن الجهة الأخرى فان وجود هذه القوانين المحلية statuts municipaux أدى الى تنازعها في بعض الأحيان مع القانون العام droit général وهو القانون الروماني الذي كان سائدا بشكل خاص في ذلك الوقت ، فتتابعت الدراسات لحل التنازع في صورتيه السابقتين . وكان مركز هذه الدراسات جامعة بولوني Bologne التي أمها الطلبة من جميع الجهات ، ومنهم الفرنسيون فنقلوا تعاليمها الى بلادهم ، فظهرت عندهم نظرية الأحوال في غضون القرن السادس عشر .

(١) وعلى ذلك يمكننا أن نقرر أن تراث القانون الروماني فيما يتعلق بتنازع القوانين لا قيمة له تقريبا . راجع بعده بند ٨٣ و Lainé . ١ . ٥٣ . و Surville ٢٥ — ٢٧ .

(٢) ومع ذلك يقرر الأستاذ Arminjon في كتابه ، ١ ، ٤٤ أنه قد وجدت عندهم بعض قواعد ضمنية في تنازع القوانين وانظر Laurent . ١ . نبذة ١٩٣ و Barde . نبذة . ١١ . وعكس ذلك Lainé . ١ . ٧٥ وما بعدها .

٨٣ — واللهم الآن أن نعرف أن أصول نظريه الأحوال لم توجد عند الرومان ولا عند المتبررين ، وإنما وجدت في عهد الاقطاع عند ما تكونت الجمهوريات الايطالية واشتبك أفرادها بعضهم مع بعض في المعاملات ، فقام التنافس بين قوانينها المختلفة *statuts* التي كانت لها صبغة اقليمية *territorial* ^(١) . فيقوم القاضي في كل اقليم بتطبيق قوانينه ، أي ان الأصل في القوانين أن تكون اقليمية ، وسرعان ما روى أن هذا المبدأ يتنافى مع تقرير العدالة فأدخلت عليه الاستثناءات ، فاقليمية القوانين والعدالة فكرتان قامت عليهما النظرية الايطالية القديمة ^(٢) . اذ أن الأخذ بمبدأ اقليمية القوانين يستدعي ضرورة تطبيق القانون الوطني ، وأما الأخذ بالعدالة فيستدعي ضرورة السماح بتطبيق القوانين الأجنبية في بعض الأحوال ، خصوصا اذا تعلق النزاع بأشخاص . وسنرى أن نظرية الأحوال الفرنسية فيما بعد قصد منها تنظيم أحوال تطبيق القوانين الأجنبية على الأساس السابق ^(٣) . ونسارع الى القول هنا بأن النظرية الايطالية القديمة وجدت في مبدأ الأمر لحل التنازع بين قوانين الأقاليم ، التي كان مبناهما في الغالب العادات ، وكذلك لحل التنازع بين هذه القوانين والقانون الروماني العام . وهذان النوعان من التنازع بعيدان عن تنازع القوانين الدولي الذي يدخل وحده في نطاق القانون الدولي الخاص ^(٤) .

(١) انظر Makarov . ٧٥ .

(٢) أنظر Lainé . ١ . ٧٤ و ١٠٢ حيث تجدد تفصيلات القواعد الخاصة بحل هذه الصور من التنازع . وانظر أيضا Laurent . ١ . ٢٧٦ . وكان من المؤلفين في فرنسا قولهم أن الأصل في العادات أنها عينية *toutes coutumes sont réelles* انظر Bartin . ١ . ١٢٦ وسار الكتاب الفرنسيون في ذلك العهد على اتباع المبدأ السالف متقحا ببعض الاستثناءات ، وذلك بخلاف الكتاب الايطاليين اللاحقين (مدرسة المحشين) انظر بند ٨٤ ، وأيضا بخلاف الكتاب الفرنسيين في القرن السادس عشر .

(٣) انظر Lainé . ١ . ٩٣ .

(٤) انظر بند ١٨ من هذا الكتاب .

المبحث الثاني

فى

النظرية الايطالية القديمة (القرن الرابع عشر)

٨٤ — وترتكز النظرية الايطالية القديمة على حاشية وضعت فى هامش نص روماني قديم بمعرفة كاتب غير معروف على وجه التأكيد . وقد تم ذلك فى تاريخ ثبت أنه بعد سنة ١٢٢٨ ميلادية ، وعنوان الحاشية كلمة *Argumentum* أو مامعناه بالايطالية مسألة . فما موضوع هذه المسألة ؟ موضوعها انه اذا ذهب مواطن من بولوني *Bologne* الى مودين *Modène* فانه لا يخضع لقوانين *statuts* مودين^(١) . واعتمد الكاتب تأييدا لرأيه هذا على النص الوارد فى مجموعة *Justinien* والمنقول عن مجموعة *Théodosien* والمشهور باسم قانون *Cunctos populos* (والكلمتان بداية النص^(٢)) فأضاف اليه الحاشية . ومن الثابت أن هذا القانون قد وضع فى عهد الأمبراطرة البيزنطيين فى ٢٧ فبراير سنة ٣٨٠ بعد الميلاد ، ومضمونه « أن جميع الشعوب التى تخضع لحكمنا الرحيم *quos clementiæ nostræ regit imperium* يلزمها اتباع الديانة التى تقرر التقاليد الدينية بأن بطرس الرسول قد حملها الى الرومان »^(٣) .

فكما أن الرومانيين لا يخضعون لشريعة غير الشريعة المسيحية ولو

(١) وما هو نص الحاشية *Quod si Bononiensis Conveniatur Mutinæ, non debet* *judicari secundum statuta Mutinæ quibus non subest; cum dicat quos nostræ clementiæ regit imperium* وترجمته لو أن مواطنا من بولوني ذهب الى مودين ، فيجب أن لا يقضى فى شئونه وفقا لقوانين مودين التى لا يخضع لها ، وذلك وفقا لنص قانون « جميع الشعوب التى تخضع لحكمنا الرحيم . . . » فالحاشية هى الشرط الأول . ويقال ان واضعها هو *Acourse* انظر *Pillet-Niboyet* . ٣٩١ .

(٢) وتكملة النص *in tali volumus religioni versari, quam divinum Petrum Apostolum tradidisse Romanis, religio declarat*

(٣) وان كانت الحلول الكثيرة قد ردت الى الحاشية . ومعلوم أن الحاشية قد اعتمدت بدورها على النص .

غادروا الامبراطورية الرومانية الى الخارج ، فان المواطن الذي يترك « بولوني » الى « مودين » لا يخضع لقوانين هذه الأخيرة . أو بعبارة أخرى ، ان الاستفادة من النص الروماني هو ضرورة التمييز بين الرومانيين الذين تنطبق عليهم الشريعة المسيحية ، وغيرهم ممن لا تنطبق عليهم . ويرى أن التعلل ظاهر في هذا التفسير ، اذ لم يقصد بهذا النص مطلقا وضع قاعدة من قواعد القانون الدولي الخاص مؤداها أن للقانون الروماني أثرا خارج اقليمه extra-territorial فيتبع الرومان أنى أقاموا ويصبح بذلك قانونا شخصيا . وانما قصد به بيان الديانة التي يجب على الرومان اتباعها والا اعتبروا خارجين على امبراطوريتهم ، ولكن مع ذلك وجد من الكتاب مثل Weiss^(١) من أيد التفسير الأول .

وعلى أى الأحوال فانه على أساس هذا النص الروماني^(٢) بنيت قواعد القانون الدولي الخاص وتطورت حتى وصلت الى حالتها الحاضرة . ويظهر أن العلة في الاستناد عليه من جانب العلماء ، في ذلك العهد ، ترجع الى ما للقانون الروماني من مكانة في نفوس الايطاليين ، والى رغبة العلماء أنفسهم ، وكانوا يتولون القضاء في نفس الوقت^(٣) ، في تقرير حلول عادة لتنازع القوانين تشجيعا للتجارة ولتنمية العلاقات بين أفراد الأقاليم المختلفة . ومن المعارف تسمية هؤلاء العلماء بالمحشين Glossateurs ومدرستهم تعرف باسمهم أى مدرسة المحشين école des المحشين Glossateurs^(٤) وذلك اشارة الى الحواشي الكثيرة التي أضيفت الى النصوص الرومانية ، وكان من المؤلف في ذلك العهد قولهم « من الأولى أن تكون

(١) انظر مقاله في كتاب العيد المئوي Livre du Centenaire للمجموعة المدنية الفرنسية ٢٤٩ . ١ وما بعدها .

(٢) ويرى أن تأثير القانون الروماني هنا غير مباشر . قارن Lainé . ١ . ٦٠ و Makarov . ٧٦ .

(٣) راجع M. Demangeat . في كتابه 1.123 Cours élémentaire de droit romain . و Lainé . ١ . ٩٩ .

(٤) أو مدرسة بولوني école de Bologne .

الحاشفة فف مصلحة صاحب الدعوى أكثر من النص نفسه (١) « نظرا لأهمية تلك الحواشى . كل ذلك لا ىنفى ان أهم ما تتماز به النظرفة الاىطالفة فى ذلك العهد هو اعتماد أصحابها بصفة أصلفة فى تقرير حلولهم على النصوص الرومانية . ومن هنا نشأ تتجاهلهم لمبدأ اقلفمفة القوانن الذى كان سائدا فى فرنسا من قبل (٢) .

٨٥ — ولقد أثبت الأستاذ Neumeyer (٣) أن الحاشفة الخاصة بمواطن « بولونى » قد أتت بحكم جفد خلافا لما كان متبعا من قبل . اذ كان من الواجب تطبق قانون القاضى احترامافا لاقلفمفة القوانن ، فاذا لم فوجد نص فى قانون القاضى اتبع القانون الرومانى ، لأنه القانون العام . فالحاشفة الجفدفة تتجعل لقوانن « بولونى » أثرا فى خارج اقلفمها لأنها ستتبع المواطنن ولو ذهبوا الى « موفن » ورفعت علفهم الدعوى هنالك .

٨٦ — وقد اتبع أصحاب هذه النظرفة طرفة اعطاء حلول لكل مسألة على حدة méthode casuistique فلم يفكروا فى وضع نظام système كامل . وكان لا تتباعهم هذه الطرفة مفة عدم التقفد مقدا à priori بمبدأ موضوع ، بل تأثروا دائما بظروف كل حالة من حالات التنازع ووضعوا لها حلا مناسباف . فقالوا مثلا بالنسبة للعقود أنها تتخضع لقانون محل عقدها lex loci contractus ، وبالنسبة لمسائل المرافعات فرقوا بفن ما تتلق منها بالشكل ، وما تتلق بالموضوع كالأثبات مثلا ، فأخضعوا الأول لقانون القاضى ، أما الثانى فأخضعوه للقانون الذى فحكم الموضوع نفسه . وسنرى ففما بعد أن هذا التقسف ما زال متبعا الى الآن وىطلق على النوع الأول ordinaria litis وعلى النوع الثانى decisoria litis أما الأموال فأخضعوها لقانون محلها . ولقد أثبت الأستاذ Neumeyer أن مواطن

(١) راجع Lévy-Ullmann . ٣٤٢ .

(٢) انظر Lainé . ١ . ١١٢ .

(٣) وذلك فى مقالته « خطوات علم القانون الدولى الخاص حتى بارتول »

Reggis الذي ينقل قمحا الى اقليم Crémone مارا بمقاطعة Parmme لا يخضع لقانون statut هذه الأخيرة الذي يحرم نقل القمح ويأمر بمصادرته في هذه الحالة ، لأن القمح ليس محله Parmme .

وظاهر من الحلول السابقة أن أصحابها لم يعرفوا تقسيم الأحوال الى شخصية وعينية ، لأن التقسيمات دلالة على نظام موضوع ، وظاهر أنهم لم يفكروا في وضع نظام ^(١) . وذلك على خلاف أصحاب نظرية الأحوال الفرنسية في القرن السادس عشر .

٨٧ — ولم تعمر هذه الحلول كثيرا ^(٢) فاختلفت مدرسة المحشين في أواخر القرن الثالث عشر تاركة المجال لمدرسة جديدة قال بها خلفاؤهم ، ويطلق عليهم خلفاء المحشين Postglossateurs . ولم يقف أصحاب هذه المدرسة الجديدة عند حد اعطاء الحلول لما يعرض من المسائل méthode casuistique كأسلافهم ، بل توسعوا في التقسيمات والتفريعات فأعطوا مدرستهم بذلك صبغة علمية scolastique . وأطنبوا في الشرح مما دعا الى تسمية هذه المدرسة بمدرسة الشارحين école de commentateurs وعميد هذه المدرسة Bartole ^(٣) وكان أستاذا في جامعتي Pise و Pérouse على التعاقب . ومن أشهر مؤيديه تلميذه Balde .

٨٨ — وقد استفاد Bartole من مجهودات السابقين عليه ، وقادهم

(١) ويظهر أن تقييد المحشين كثيرا بالنصوص ورجوعهم اليها كان السبب الأكبر في سقوط نظريتهم اللفظية école exégetique وظهور نظرية علمية école dogmatique هي نظرية خلفائهم . ولا يستغرب تعاقب النظريتين على هذا النحو اذ هذا المظهر قد عرف أيضا في فرنسا في غضون القرن التاسع عشر بشأن تفسير المجموعة المدنية الفرنسية .

(٢) انظر Lainé . ١ . ١١٣ . و Laurent . ١ . نبذة ٢٣٦ .

(٣) وقد عاش من سنة ١٣١٤ — ١٣٥٧ ولنظريته أهمية كبرى في القانون الدولي الخاص مما دعا العلماء الى التوسع في دراستها . ويرجع في ذلك الى مؤلف Pillet الجزء الأول بند ١١ — ١٢ وما بعدها حيث توجد تفصيلات هامة مفيدة .

في أنه بدأ بالتعليق على قانون *Cunctos populos* ^(١) وذلك للوقوف على مسألتين هامتين .

الأولى : هل يمكن أن تنطبق قوانين *statuts* الاقليم على غير الأشخاص التابعين له .

الثانية : هل تمتد قوانين الاقليم الى الخارج فتحكم الرعايا الموجودين هنالك ^(٢) ؟ بحث Bartole هاتين المسألتين بالنسبة للقوانين *statuts* بعد أن وضع لها تسعة تقسيمات . أولها التقسيم الخاص بالقوانين المتعلقة بالعقود ثم القوانين الخاصة بالجرائم التي يرتكبها الأجانب ، ثم بالقوانين الخاصة بالوصية ^(٣) . — الخ . ومن الملاحظ أن هذه التقسيمات خليط من القوانين المدنية والقوانين الجنائية والقوانين الادارية . ويضيق نطاق هذا الكتاب عن ايراد كل الحلول التي قال بها Bartole ، ولذا سأكتفي بدراسة بعض التقسيمات التي لها علاقه وثيقة بما هو متبع الآن في القانون الدولي الخاص . .

٨٩ — فبالنسبة للقوانين المتعلقة بالعقود يفترض الأستاذ أنه قد حصل عقد بين مواطن وأجنبي في اقليم معين وليكن Pérouse ثم أعقب ذلك نزاع رفع الى محكمة اقليم الأجنبي ، فأى القانونين واجب التطبيق ؟ يرى Bartole وجوب التمييز بين أمور ثلاثة — أ — شكلية العقد وأوضاعه *solennité de contrat* — ب — اجراءات رفع الدعوى — ج — موضوع النزاع . بالنسبة لشكلية العقد يطبق قانون المحل الذي تم فيه العمل القانوني ، وبالنسبة لاجراءات رفع

(١) وذلك تقليدا للسالفين عليهم ، هذا من جهة ، ومن جهة أخرى فإن القانون الروماني كان له حتى هذا التاريخ القدر المسمى . انظر Pillet-Niboyet . ٣٩٠ . ومن أشهر السالفين على Jacques de Révigny. Bartole و Pierre de Billeperche وكانا من أساتذة الحقوق في فرنسا .

(٢) وظاهر أن الاجابة على هذين السؤالين يقصد بها تحديد تطبيق القانون من حيث المكان وفقا لطبيعته .

(٣) انظر في تفصيلات هذه التقسيمات Lainé . ١ . ١٣٤ وما بعدها .

الدعوى *litis ordonatis* يطبق قانون القاضي^(١) ، وأما بالنسبة لموضوع الدعوى *ipsius litis decisis* فيفرق بين ما اذا كان النزاع متعلقا بالآثار الطبيعية للعقد *conséquences naturelles du contrat* كالوفاء وكيفيته وحينئذ يطبق قانون محل تكوين العقد *le lieu de formation du contrat* أو كان متعلقا بآثار عرضية كعدم التنفيذ الناشئ عن إهمال فيؤخذ هنا بقانون محل التنفيذ *le statut du lieu d'exécution* . فاذا تعذر ذلك كأن لم يعرف من العقد محل التنفيذ مثلا اتبع قانون القاضي لأن الإهمال قد وقع في دائرته^(٢) .

ومن ضمن التقسيات التي قال بها الأستاذ ، القوانين المتعلقة بالوصية ، ولقد بحثها في ضوء الفرض الآتي . انه وفقا لقوانين *Venise* يلزم شاهدان أو ثلاثة لصحة الوصية من حيث الشكل ، ولكن وفقا للقانون الروماني^(٣) لا بد من حضور سبعة شهود أو خمسة على الأقل . فهل يؤخذ بقانون *Venise* أو بالقانون الروماني ؟ يغلب الأستاذ قانون *Venise* في هذا النزاع بين القانون المحلي والقانون العام ، مقررًا جواز استفادة الأجانب من نصوص القانون المحلي ، لفائدتها اذ تخفف من غلواء الشكل ، ولكونها قد وردت في صيغة عامة^(٤) .

ولكن هل يمتد قانون *Venise* الى الخارج ؟ لا يرى ذلك *Bartole* لأن القوانين المتعلقة بالشكل لها صبغة محلية *locale* . أما اذا تعلق القانون بالموضوع *la substance de l'acte* فيمتد تأثيره الى الخارج اذا كان خاصا بأموال *rem* فاذا قرر قانون مثلا بأنه لا يجوز للشركاء على الشيوع التصرف في مال

(١) انظر بند ٨٦ .

(٢) قارن *Laurent* . ١ . ٣١٢ .

(٣) ومن هنا يرى أن التنازع لم يكن فقط بين قوانين الولايات بل بينها وبين القانون

الروماني العام *Pillet-Niboyet* . ٣٩١ .

(٤) وهذا هو الأصل التاريخي للقاعدة الشهيرة *Locus regit actum* .

الا باتفاقهما فهذا القانون المانع prohibitive يلحق الشريكين حتى في الخارج .

أما اذا كان القانون المانع خاصا بالأشخاص فيرى Bartole وجوب التمييز بين القوانين المفيدة *statuts favorables* والقوانين المستهجنة *statuts odieux*.

ومثال الأولى ، القوانين التي قصد بها تقرير حماية لبعض أشخاص كالقصر الذين لا يجوز لهم التصرف في أموالهم قبل بلوغهم سن الخامسة والعشرين، فإنها تلحق هؤلاء الأشخاص في الخارج . ومثال الثانية ، القوانين التي تقرر عدم أهلية البنات للميراث أو بعبارة أخرى تقرر امتياز الذكور . وكذلك اذا ما قررت أحقية أكبر الأولاد للميراث دون سائر الورثة *droit d'ainesse* فإنها لا تطبق في الخارج ، أي لا تتجاوز حدود الاقليم ^(١) .

وقد اعتقد البعض أن Bartole عرف تقسيم الأحوال الى شخصية وعينية واعتمدوا في ذلك على تقسيمه السالف الذكر ، ونسبوا اليه التناقض ^(٢) عند ما طلب اليه تحديد صفة القوانين المتعلقة بالمواريث، اذ قال بأن هذه القوانين تعتبر شخصية اذا بدأ نصها بالكلام على الأشخاص كما لو قال *primogenitus succedat* أي أن الابن الأكبر يرث . وتكون عينية اذا بدأت بالكلام على المال *Bona succedent veniant in primogenetum* أي أن الأموال تؤول الى الابن الأكبر . ولكن يظهر أن Bartole لم يعرف تقسيم الأحوال كلها الى

(١) وهذه المسألة كانت تعرف فيما مضى تحت اسم « القضية الانجليزية » ومضمونها أن شخصا توفي عن أموال بعضها في إنجلترا والبعض الآخر في فرنسا أو في إيطاليا فلائى قانون يخضع توزيع هذه الأموال . اذا قلنا بتطبيق القانون الانجليزي فان في ذلك منافاة لمبدأ المساواة بين الورثة السائد في البلاد اللاتينية ، ولهذا فان القانون الانجليزي يقف عند حدود اقليمه ولا يتعداها الى اقليم آخر لأنه قانون مستهجن *Lainé* . ١ . ١٥٦ . و *Lévy-Ullmann* . ٣٤٩ .

(٢) انظر *Boullenois* . ١ . ١٦ ورأى *Laurent* الذي ينصف الكاتب . ١ . ٢١٦ .

شخصية وعينية ولم يقل بفصل التفرقة السالف^(١) وان كانت روح شرحه تفيد تأثره به .

هذه هي الحلول التي قال بها Bartole وقد نسج على منوالها Balde ولكنه علق أهمية كبرى على قانون الموطن *statut de domicile* فأشار بتطبيقه في كثير من الأحيان وعلى الأخص في مسائل الأحوال الشخصية ، ولا داعي هنا للتبسط في شرح أفكاره وحلوله .

٩٠ — وظاهر أن الحلول التي أتى بها Bartole وان كان يردّها الى نصوص رومانية ، إلا أن قوامها في الحقيقة هو تقرير العدالة^(٢) ، والابتعاد عن منطق النصوص الذي قد يؤدي في بعض الأحوال الى الظلم . وهذه ميزة كبرى لدى Bartole ومما هو جدير بالملاحظة أيضا أن الأستاذ لم يضع نظرية عامة^(٣) ونظاما *systeme* يرجع اليه لحل الصعوبات بل ناقش كل حالة على حدة *casuistique* وتوسع في التقسيمات والتفريعات *scolastique* . وربما كانت هذه ميزة أيضا لأن إعطاء الحلول الفردية أقرب الى تحقيق العدالة من وضع مبادئ شاملة قد تخيب في بعض الأحوال عند التطبيق^(٤) . لذلك كان لأفكاره تأثير كبير في أتباعه الذين أوصوا باتباعها ، الى أن ظهرت نظرية الأحوال في فرنسا في القرن السادس عشر .

(١) انظر Larebours-Pigeonnière . في مختصر دالوز . ١٥٠ وكذلك Lainé . ١ .
١٥٧ عكس ذلك Clunet . Surville ١٩٢١ . ٥ .

(٢) ومن المشاهد أن Bartole وان كان قد اعتاد أن يرد حلوله الى النصوص الرومانية إلا أنه انتهى بالخروج عليها في أغلب الأحوال Lévy-Ullmann . ٣٢٠ .

(٣) وينتقد آخرون أيضا تسمية هذه النظرية « بنظرية الأحوال » لأنها لا تقوم على التمييز بين الأحوال الشخصية والعينية كما سنرى في نظرية الأحوال الفرنسية . فيرى أصحاب هذا الرأي ان نظرية الأحوال نشأت في فرنسا وان كانت ترجع في أصلها الى ايطاليا انظر Lainé . ١٣١ . ونحن من هذا الرأي .

(٤) انظر Lainé . ١ . ١٤٣ وفي مميزات هذه النظرية انظر Bartin . ١٢٩ وما بعدها .

وقد نقد البعض تسمية الحلول المتفرقة التي أتى بها المحشون وخلفاؤهم « النظرية الإيطالية القديمة » لأن هؤلاء العلماء لم يضعوا في الواقع نظرية يرجع اليها كما رأينا . ومع ذلك فإن كثيرا من المؤلفين قد أخذوا بهذه التسمية لسهولة التفرقة بين النظرية الإيطالية الحديثة التي وضعها Mancini وأفكارهايتين المدرستين .

المبحث الثالث

في

نظرية الأحوال الفرنسية (القرن السادس عشر)

٩١ — ظلت نظرية Bartole بين أيدي خلفائه في إيطاليا وفرنسا يتعهدونها بكل عناية ، لا يضيفون اليها جديدا أو تغييرا محسوسا ، الى أن أخرج Dumoulin نظريته في القرن السادس عشر ، فعاشت الى نهاية القرن الثامن عشر . ولقد قام الخلاف بين الكتاب حول معرفة ما اذا كان Dumoulin يعد متما لعمل Bartole وبالتالي للنظرية الإيطالية القديمة ، أو مبتكرا لنظرية جديدة أصبحت فيما بعد تعرف باسم نظرية الأحوال الفرنسية .

تكاد الأغلبية ^(١) تقر هذا الرأي الأخير رغم وجود شبه بين طريقة Dumoulin وطريقة أسلافه ، وذلك نظرا لما أتى به من أفكار وتقسيات جديدة .

٩٢ — كان Dumoulin (١٥٠٠ — ١٥٦٦) محاميا قبل أن يكون أستاذا ، فتأثر كثيرا في نظرياته بخبرته العملية وبقضايا التي كان يفتيها لمصلحة عملائه . وقد اشتغل بالسياسة وكان من مبادئه ضرورة توحيد القانون في فرنسا . فأدى ذلك الى اضطهاده من جانب السادة الاقطاعيين فحربوا منزله واضطروه

(١) انظر Meylan « Les statuts réels et personnels dans la doctrine de Dumoulin »

Mélanges Fournier 1929. p. 511 et suivants وكذلك Barde نبذة . ١ . وعكس ذلك

Lainé . ١ . ٢٢٣ .

للمهاجرة ، فغادر فرنسا الى المانيا حيث عين أستاذا في إحدى جامعاتها ، وبدأ في وضع نظريته الجديدة عن طريق شرحه لقانون *Cunctos populos* . ومما تميز به نظريته ، أنه أدخل عنصر الإرادة لمعرفة القانون الذي يحكم العقد . فقال ان هذا القانون هو قانون ارادة المتعاقدين الصريحة أو الضمنية ، أى الاستفادة من ظروف العقد . فيحتمل اذن أن يكون هذا القانون خلاف قانون محل العقد . وهذا الحل يخالف تماما ما قال به *Bartole* من قبل . ولذا يعتبر *Dumoulin* أنه أول من قال بمبدأ كفاية الإرادة *Principe de l'autonomie de la volonté* ^(١) .

ولم يصل *Dumoulin* الى القول بقانون ارادة المتعاقدين طرفة بل قدم لذلك بتقسيمات للأحوال تتلخص فيما يلي : أن الأحوال *statuts* اما أن تكون متعلقة بالشكل أو بالموضوع . ومثال الأولى ، أن يتطلب قانون اقليم معين حضور شاهدين لصحة تصرف من التصرفات من حيث الشكل . فاذا تم ذلك ، فالتصرف صحيح في جميع الأقاليم ، أى أن هذا القانون يعترف به في خارج الاقليم . فاذا كانت الأحوال متعلقة بالموضوع ، فاما أن تكون الارادة اعتبار فيها وأما لا ، أى أن يكون القانون فقط هو المنظم لها . فان كان الأول ، فقد رأينا أن *Dumoulin* قرر الأخذ بقانون ارادة المتعاقدين على التفصيل السابق . وان كان الثاني فالأمر لا يتعدى واحدا من اثنين ، اما أن يكون الموضوع ^(٢) متعلقا بالأشخاص أو بالأشياء . فان كان متعلقا بالأشخاص ، فالقانون يتبع الأشخاص في الخارج ، لأن قانون . الاقليم في هذه المسائل انما وجد لأهل الاقليم دون الأجانب ^(٣) . وعند *Dumoulin* يعتبر القانون متعلقا بالأشخاص أى داخلا

(١) وهذه التسمية حديثة وان كان مضمونها معروفا من قبل . وقد أخذ *Dumoulin* بالمبدأ السابق أولا في فتاويه المتعلقة بمشروطات الزواج والقانون الذى يحكم استرداد الدوطة .

convention matrimoniale

(٢) فالقياس بين الأحوال الشخصية والعينية هو موضوعها لا لفظها كما تقولوا على

. *Bartole*

(٣) انظر *Makarov* . ٧٨ .

ضمن الأحوال الشخصية اذا كان موضوعه الحالة état أو الأهلية capacité أما اذا كان متعلقا بالأحوال العينية ، فان القانون في هذه الحالة لا يتجاوز حدود الاقليم^(١) .

ويرى مما تقدم أن تقسيم الأحوال الى شخصية وعينية . كان معروفا عند Dumoulin ولكن بطريقة ثانوية بحثة ، اذ لم يعتبره التقسيم الرئيسى . وهذا مما يجعله أقرب في أفكاره الى Bartole منه الى D'Argentré^(٢) ، ولكنه مع ذلك يختلف عن Bartole في تقسيماته الجديدة .

ومن جهة أخرى فانه يلاحظ أن Dumoulin كان من أنصار مبدأ اقليمية القانون الذى كان سائدا في فرنسا قبل النظرية الايطالية القديمة ، فأحياء من جديد ، وان كان قد سمح ببعض الاستثناءات عن طريق توسعه في نطاق الأحوال الشخصية على الوجه الذى رأيناه^(٣) . وعلى أى الأحوال فان Dumoulin قرر في هذا المنحى جعل الموارث ضمن الأحوال العينية .

ولقد أعطى Dumoulin لفكرة الموطن أهمية كبرى في تحديد القانون الواجب التطبيق^(٤) . ولقد صادفت نظريته رواجاً في آخر القرن الثامن عشر ، فأعجب بها Merlin و Pothier ، يأخذ بها القضاء أحيانا حتى وقتنا هذا^(٥) .

٩٣ — ولكن ظهرت نظرية جديدة قال بها D'Argentré (١٥١٩ — ١٥٩٠) في بحث نشره في سنة ١٥٨٤ . وكان D'Argentré من رجال القضاء

(١) انظر Lainé . ١ . ٢٢٧ — ٢٤٨ حيث تجد تفاصيل مفيدة وهامة .

(٢) انظر Bartin . ١ . ١٣٥ — ١٣٦ .

(٣) وموطن الصعوبة اذا كانت الأهلية يقصد بها التصرف في عقار موجود في اقليم آخر . فأى قانون يرجع اليه ؟ هل يرجع الى قانون موطن الشخص أو الى قانون موقع العقار ؟ هذا ما ارتبك أمامه Dumoulin ووضع له D'Argentré حلا سائما . انظر بند ٩٤ .

(٤) وهذا طبيعى اذ لم تكن فكرة الجنسية معروفة في ذلك الوقت .

(٥) راجع بحث Anbérin .

De l'influence de Dumoulin sur la législation Française . ١٣٣ وما بعدها .

في مقاطعة Bretagne . واشتغل بالسياسة فكان نصيبه النفي ، ومات في المنفى .
وتتلخص أفكاره السياسية في ضرورة المحافظة على سلطة المقاطعات بجانب
سلطة الملك ، وظهر أن هذه الأفكار مضادة للأفكار التي نفي من أجلها
! Dumoulin

٩٤ — لم يخرج D'Argentré نظريته على أساس شرحه للنصوص
الرومانية كما فعل سابقوه ، ، بل بمناسبة شرحه لمادة من مواد عادات Bretagne
المجموعة ، وهي المادة ٢١٨ . وتقرر بأنه يجوز للشخص أن يهب ثلث ثروته ، وليس
للورثة أن يطعنوا في صحة هذه الهبة ، مادامت لم تعمل بقصد الغش en fraude .
قتساءل D'Argentré عن طبيعة هذا النص ، وهل يلحق حتى الأموال الموجودة
خارج Bretagne فتحسب ضمن الثلث ؟ جعل D'Argentré عنوان بحثه
«الأحوال الشخصية والأحوال العينية De statuts personalibus et realibus»
في سنة ١٥٨٤^(١) فوضع نظريته التي بمقتضاها يقسم الأحوال الى عينية
وشخصية ، فأدخل في الأولى العقارات وكل تصرف له علاقة بالأرض ، سواء كان
عقدا من العقود أو وصية . ويلاحظ هنا أنه لم يعول على مبدأ كفاية الإرادة كما
فعل سابقه . وأدخل المنقولات في الملائق القانونية التي موضوعها الأشخاص ،
لأن المنقولات تلحق الأشخاص^(٢) ، فأخضعها لقانون الوطن متأثرا في ذلك
بأفكاره الاقطاعية التي ترمي الى اعتبار الرجال متصلين بالمقاطعات التي يتوطنون
فيها^(٣) . وهكذا يتميز D'Argentré بطريقته méthode لأنه وضع نظاما
système وتقسيما واجب الاتباع ، فلم يتبع طريقة Bartole ومن نجاحه
في وضع حلول لكل حالة على حدة ، وكذلك خالفهم في أنه أهمل التقسيمات

(١) أي بعد وفاة Dumoulin .

(٢) لأن المنقولات ليس لها موقع situation ومن ثم يكون قانون موقعها هو قانون موطن
صاحبها . انظر Lainé . ١ . ٣٢٢ .

(٣) وهذه هي نفس الأفكار السائدة عند الانجليز حتى وقتنا هذا انظر Lainé . ١ . ٣١٧ .

والفرنعات الكثررة اللى وضموها ، واكنفى بالتقسفم الرئفسى السالف الذى فمأاز بفساطفه . ومن جهة أخرى ، فانه أهمل على العموم نص Cunctos... .

ونقطة البداة عنء D'Argentré ، هى أن القوانفن (الأحوال) statuts لا فمأء فى الأصل أأار الآلفم ، لأن واضعها نفسه لا فمأع بالفساءة أأار آلفمه^(١) . وظاهر أن فى هذا المباء مأأافة لنص « الآاشفة » الآاصة بمواطن Bologne . والفرفب هنا أن D'Argentré قء قرره بمأسبة ففسفره لنص Cunctos Populos .

ووفقا لنظرفة D'Argentré كان للقوانفن المأعة بالأشأاص والمأقولات Statuts personnel أأر أأار الآلفم^(٢) extra-territorial ، ولكنه قفء هذا الاسأثناء ما أمكنه ذلك آباءا لأفكاره الآأاعفة^(٣) . ققرر القفففن الآاففن أولا : أن القوانفن statuts اللف فمأق بالأموال^(٤) والأشأاص فى وقأ واءء ، أو بما فسمى القوانفن المأأأة statuts mixtes^(٥) فمأبر عفففة ، وففنأء آلفمفة ، لأن القاعدة هى العفففة والشأصففة هى الاسأثناء ، فعنء الشك فمأبر عفففة ، ومأال هذه القوانفن ، ما فمأق بأهلفة الفصرف فى العقارات . ثانفا : لا فمأبر القوانفن statuts شأصففة الا اذا فمأق بالأالة العامة للشأص état général أو أهلففه capacité كالقوانفن اللف فقرر البلوغ أو القصر أو الأهلفة أو فقصها أو عءمها بصفة عامة (المأنون . السففه الخ) أما القوانفن اللف

(١) وفقا للمباء الشفر "Toutes coutumes sont réelles" .

(٢) وهذا الحكم عنء D'Argentré فمأقض مع نقأة البداة فى نظرفه !! وفعبره Bartin مأأفا للمباء السابق انظر مؤلفه . ١ . ١٤٠ .

(٣) فمأفر بذلك عن Dumoulin الذى فمأق بأهاب Bartole .

(٤) والمراء العقارات ، لأأا رأفنا الحكم بالنسبة للمأقولات ، وعلة آعبارها آلفمفة أن العقارات لها فى هذا النوع من القوانفن الأرفأفة على الأشأاص .

(٥) ولم فمأل D'Argentré هذا النوع من الأحوال قسما فأما بذاته ، وأما آعبره كأءاة لآعبار بفص الأحوال عفففة . انظر Lamoignon . ١ . ٣٢٦ . Weiss . ٣٤٩ .

تتكلم عن أهلية خاضة ، كعدم أهلية قبول الهبة بين الزوجين فتعتبر عينية ، أى ان الأولى تتبع الشخص فى الخارج بخلاف الثانية . وحار صاحب النظرية فى تعليل هذا الاستثناء^(١) .

ويرى أن نظرية D'Argentré رغم بساطتها الظاهرة تنتهى الى صعوبات عدة فى التطبيق^(٢) . ومع ذلك فإن المؤلفين يعترفون له بأنه قد دافع عن فكرة العدالة ، واعتبرها أساسا للسماح بتطبيق القوانين (الأحوال) الشخصية خارج الاقليم^(٣) . وهذا هو نفس ما يقول به الكتاب الآن ولكن فى دائرة أوسع نطاقا ، لأن مجهودات D'Argentré قصد بها مصلحة المقاطعات L'autonomie provinciale .

ولم تصادف نظرية D'Argentré ترحيبا فى مبدأ الأمر ، لأنها كانت على عكس الأفكار السائدة فى ذلك الوقت ، من أجل توحيد فرنسا تشريعا وقضاء ، ولكن مع ذلك فإن هذه النظرية كانت محلا للاعتبار فيما بعد فى القرن الثامن عشر ، ويظهر أن ذلك يرجع الى النجاح الذى صادفته لدى الكتاب الهولنديين الذين أخرجوا نظرية الأحوال الهولندية ، فكان لها أثرها فى فرنسا فى غضون القرن الثامن عشر .

المبحث الرابع فى

نظرية الأحوال الهولندية (القرن السابع عشر)

٩٥ — والآن نعرض لدراسة نظرية الأحوال الهولندية . كانت

(١) انظر Lainé . ١ . ٣٢٧ وقارن ٣٣٣ . وهذا الاستثناء لم يعترف به Dumoulin . وانظر أيضا Bartin . ١ . ١٤٢ وتعتبر نظرية D'Argentré هذه بمثابة رد فعل للأفكار السابقة انظر Pillet-Niboyet ٣٨٨ .

(٢) اذ من الصعب ادخال كل القوانين ضمن التقسيمين السابقين كالقوانين المتعلقة بالشكل والالتزامات والاختصاص القضائى وتنفيذ الأحكام الأجنبية . انظر Pillet-Niboyet . ٣٩٦ .

(٣) انظر Lainé . ١ . ٣٢١ و Pillet-Niboyet . ٣٩٨ .

هولندا مقسمة في هذا العهد الى مقاطعات ، لكل استقلالها الذاتي وتتمتع بحرية واسعة في التشريع على نسق الجمهوريات الايطالية في القرن الثالث عشر^(١) . وكانت هذه المقاطعات غيورة على تشريعها فلم تسمح بتطبيق تشريع أجنبي الا فيما ندر . ولذلك صادفت نظرية D'Argentré نجاحا كبيرا في هولندا لما تقول به من اقليمية القوانين . ومن أشهر الكتاب الهولنديين الذين تنسب اليهم النظرية الهولندية Burgundus و Rodenburgh . وقد اقتصروا على شرح أفكار D'Argentré . ولكن المبتكرين من الكتاب الهولنديين هم آل فويت ، Paul Voet (١٦١٩ - ١٦٦٧) وولده Jean Voet (١٦٤٧ - ١٧١٤) الذي هاجم أفكار D'Argentré مهاجمة عنيفة . وقد توسع هؤلاء الأخيران في اقليمية القوانين وعينيتهما أكثر من D'Argentré . فقالا بتقسيم الأحوال الى شخصية وعينية ومختلطة ، فالأحوال الشخصية ترمى بصفة أصلية الى تنظيم حالة الأشخاص . وأما الأحوال العينية فترمى بصفة أصلية الى تنظيم حالة الأعيان ، منقولة كانت أو عقارية . وقد أدخلوا ضمن الأحوال العينية أشكال التصرفات على اختلاف أنواعها^(٢) . فمقتضى هذه التعريفات أنه ما دام النص غير متعلق بصفة أصلية لا بالأشخاص ولا بالأعيان فهو داخل ضمن الأحوال المختلطة . ومعنى دخوله في هذه الأخيرة أنه يصبح اقليميا .

فأصحاب النظرية الهولندية لا يقبلون هوادة في اعتبار الأحوال العينية والأحوال المختلطة ، حسب تعريفهم ، ضمن القوانين الاقليمية ، أى تلك القوانين التي لا تتجاوز في سيادتها حدود اقليمها . أما بالنسبة للأحوال الشخصية فتعامل

(١) ورغم ذلك فإن الحلول التي قالت بها النظرية الايطالية لم يؤخذ بها في هولندا حيث ظهرت فيها نظرية مضادة تماما . انظر Pillat . ١ . ٥٣ . انظر في تفسير ذلك Bartin . ١ . ١٤٥ هامش ٤ .

(٢) فالشكل الذي يتم فيه التصرف والاجراءات التي تتعلق به تصبح ضمن القوانين الاقليمية . انظر Lainé . ٢ . ١٠١ . ومن هنا يرى أن هذه النظرية تفوق في اقليميتها نظرية D'Argentré .

في الأصل نفس المعاملة ، ولكن مع ذلك قد ينصح لها بأثر خارج اقليمها في بعض حالات ضيقة ، مثلها أن يكون الشخص متوطنا في اقليم معين ، فحاكم هذا الاقليم يحق لها أن تطبق تشريع ذلك الاقليم على تصرفات هذا الشخص التي عقدها في الخارج ، على أن يكون تطبيقها مقصورا على مسألتى الحالة والأهلية ^(١) .

٩٦ — والواقع أن نظرية D'Argentré ، كانت تسمح بتطبيق القوانين الأجنبية بناء على فكرة العدالة وتنفيذا لالتزام قانوني ، أى أن المقاطعات ملزمة بتطبيق قوانين بعضها في حدود ما يأمر به القانون . ولكن أصحاب النظرية الهولندية تغالوا في الأمر فقرروا أن تطبيق القوانين الأجنبية إنما يتم بناء على المجاملة *ex-comitate* لا تنفيذا لالتزام . فالأصل اذن هو اقليمية القانون ولكن المجاملة ^(٢) لا القانون تقضى أحيانا وفي أحوال استثنائية ، متروكة لتقدير القاضى *opportunité* بجواز تطبيق القوانين الأجنبية تحقيقا للمصالح المتبادلة ، ومنعا للاضرار التي تنجم عن عزلة كل دولة واسرافها في الدفاع عن سيادتها ^(٣) . فالعدل الكامل *summum jus* يقضى بتطبيق القوانين الإقليمية ، ولكن المجاملة تقضى باحترام شعور المشرعين الأجانب والسماح بتطبيق قوانينهم على الأراضى الوطنية أحيانا .

وعلى الأساس السالف يقول أصحاب النظرية بأن الأحوال العينية المتعلقة بالعقارات اقليمية . وهذه قاعدة تقليدية ، فإذا تعلق بالمنقول فانهم أخضعوا هذا الأخير ، على العموم ، لقانون موطن مالكة ^(٤) . أما الأحوال المختلطة فهي بدورها اقليمية

(١) انظر Lainé . ٢ . ١٠٢ . ومن هنا يرى أيضا أن قانون الموطن يحكم الأحوال الشخصية عند الهولنديين كما كان الحال عند D'Argentré وانظر أيضا Bartin . ١ . ١٤٤ .

(٢) ولذلك سميت مدرستهم بمدرسة المجاملة الدولية Pillet-Niboyet . ٣٩٠ .

(٣) ويلاحظ هنا ارتفاع التناقض الذي وجد عند D'Argentré اذ بينما قرر مبدأ الإقليمية صريح باستثناءات قانونية . انظر قبله بند ٩٤ . هامش ه و Pillet-Niboyet . ٤٠٠ ولذا تعتبر النظرية الهولندية نظرية منطقية .

(٤) انظر Lainé . ٢ . ١٠٤ . وهنا ما كان متبعا فعلا .

ومع ذلك فقد اعترف بعضهم بقاعدة *Locus regit actum* . وفي النهاية فإن الأحوال الشخصية تتبع الأشخاص خارج اقليمهم في حدود ضيقة ، بحسبها بمناسبة كل حالة على حدة . وهنا انتقدت نظريتهم اذ تجعل مجالا كبيرا للتحكم *arbitraire* من جانب القضاة ^(١) .

ومما امتاز به أصحاب النظرية الهولندية أنهم جعلوا لنظريتهم صبغة دولية فلم يقصروها على التنازع بين قوانين الاقليم *Conflits de statuts* بل شملت التنازع بين قوانين الدول *Conflits de lois* وهكذا تطورت نظرية الأحوال وخرجت من حدودها الضيقة التي نشأت فيها لكي تطبق في محيط أوسع بين قوانين الدول المستقلة .

هذا وقد أصبح استعمال اصطلاح تنازع القوانين *Conflits de lois* معتادا وشائعا بفضل هؤلاء الكتاب الذين خلدوه في مؤلفاتهم ^(٢) .

المبحث الخامس

في

نظرية الأحوال الفرنسية (القرن الثامن عشر)

٩٧ — ازدهرت نظرية الأحوال في خلال القرن السابع عشر في هولندا فكان لها أثرها عند الكتاب الالمان ^(٣) ، واكتفى الفرنسيون في هذا الوقت بملاحظة هذه الحركة العلمية خارج بلادهم ونقل هذه الأفكار عندهم . ثم تخصصوا بعد ذلك لدراساتها . ومن أهم الدراسات تلك المحاضرات التي كانت تلقى

(١) انظر *Pillet-Niboyet* . ٤٠١ في نقد النظرية الهولندية .

(٢) ومنهم العلامة *Ulric Huber* الذي وضع ثلاث بديهيات ذات صبغة عملية لحل مسائل تنازع القوانين . ولا نرى هنا محلا لدراساتها اذ لا تبتعد كثيرا عن الخصائص العامة للنظرية ولذا نكتفي بالإحالة على *Lainé* . ٢ . ١٠٧ وما بعدها .

(٣) وعلى الأخص *Hertins* . وانظر بعده بند ١٢٤ .

في مكتبة برلمان باريس . وقد دامت نحو الخمس سنوات ^(١) . ومن نتائج هذه المحاضرات أن ظهر كتاب جدد يتميزون بأفكار جديدة . وأهم هؤلاء الكتاب Boullenois و Froland و Bouhier ^(٢) . وقد بحثوا نظرية الأحوال ، وانتهوا الى وضعها في شكل جديد .

ومما يلاحظ على مجهوداتهم في هذا الصدد أنهم رفضوا أغلب أسس النظرية الهولندية ، فحفظوا كثيرا من حدة مبدأ اقليمية القوانين . ولذلك قيل ان الكتاب في هذا العهد تأثروا بأفكار ^(٣) Dumoulin ، أكثر من تأثرهم بأفكار D'Argentré . ولذا تتميز حلولهم بأنها تسمح بتطبيق التشريعات الأجنبية في أحوال أكثر من سابقهم .

٩٨ — ولا يمكننا أن نعرض هنا نظرية كل كاتب على حدة ، خصوصا وأنهم قد تأثروا جميعا بأفكار واحدة وروح واحد ، ولذا نكتفي ببيان المميزات الرئيسية لنظرية الأحوال في ذلك العهد .

٩٩ — وتتميز نظرية الأحوال الفرنسية في القرن الثامن عشر بخصائص ثلاث :

الأولى : أن القوانين (الأحوال) تنقسم الى قسمين كبيرين ، قوانين عينية وقوانين شخصية .

وهذه الخاصة أهم الخصائص الثلاث . وقد رأينا أن D'Argentré عرف بجانب هذا التقسيم الأحوال المختلطة .

والتقسيم الثنائي يفهم على وجهين : الوجه الأول : بالنسبة لموضوع القوانين . فيعتبر القانون عينيا اذا كان موضوعه تنظيم حالة الأعيان بصفة أصلية على

(١) وقد نظمت هذه المحاضرات بسبب اهداء الأستاذ Repurfond مكتبة لبرلمان باريس (التي كان محكمة في ذلك العهد) وكان ذلك في سنة ١٨١٧ .

(٢) انظر Lainé . ١ . ٤١٨ وكانت طريقتهم تقوم على افتراض صور للتنازع ثم وضع حلول لها .

(٣) انظر Lainé . ١ . ٤٢٤ .

الأقل . كما يعتبر القانون شخصيا ، اذا كان موضوعه تنظيم حال الأشخاص بصفة أصلية على الأقل . الوجه الثاني : بالنسبة لنطاق تطبيق القوانين عند التنازع ، أى بالنسبة لآثارها *ab effectu* : فيعتبر القانون عينيا اذا وقفت آثاره عند حدود اقليمه ، أى أن للقانون نفس نطاق الأرض التي يسود فيها ، ولذلك كانت سيادته مطلقة *absolu* ، أى أنه سار على جميع الأشخاص بغض النظر عن موطنهم الأصلي . ويعتبر القانون شخصيا اذا تبع الأشخاص خارج الاقليم المتوطنين فيه .

ولقد اعترف أصحاب هذه النظرية بأن تقسيمهم ناقص ، لا يمكن أن يحوى جميع القوانين ، وعلى الأخص ما تعلق منها بالشكل . وعندما رأوا أن الانتقادات قد انتهت عليهم ، فى هذه الناحية ، حاولوا سد النقص ، ملتجئين الى وسائل عدة ^(١) .

الثانية : أن العينية فى القوانين هى الأصل ، وأن الشخصية هى الاستثناء : ويفهم من هذا أن القسمين السالفين غير متساويين . فالقوانين العينية لها الغلبة ، والعلّة فى ذلك ظاهرة ، وهى أن هذه الصفة منسجمة مع المبادئ الاقطاعية . أما القوانين الشخصية فهى أقلية ، ولذلك سمح بها عن طريق الاستثناء . وقد قال بذلك من قبل أصحاب النظرية الايطالية القديمة ^(٢) . وعلى ذلك اذا قام الشك حول قانون هل هو عيني أو شخصي ، فيعتبر أنه عيني ، لأنه يشترط فى الاستثناء أن يكون صريحا .

الثالثة : أن مناط عينية القوانين احترام السيادة الاقطاعية ، ومناط شخصية القوانين ، بصفة عامة ، احترام فكرة العدالة : فعينية القوانين متفقة تماما مع المبدأ الاقطاعي القديم ، وهو أن العادات عينية *Toutes les coutumes*

(١) ويضيق نطاق هذا الكتاب عن بحث هذه الوسائل لذلك نكتفى بالإحالة على Lainó

٢ . ٣٤ — ٦٨ .

(٢) انظر Lainó . ١ . ٣٢٣ و ٢ . ١٩ حيث تجد تفسيراً لضوابط التفرقة بين نوعي القوانين . ومنها يتبين أن القوانين الشخصية لم تكن قليلة العدد فى ذاتها .

sont réelles . وأما شخصية القانون فتركز عند هؤلاء على اعتبارات المجاملة والمصلحة المتبادلة^(١) . وقد نقلوها عن النظرية الهولندية ، وأضافوا إليها ضرورة تحقيق العدالة . وهى الفكرة التى سادت عند أصحاب النظرية الإيطالية القديمة ، وكذلك عند D'Argentré . ولكن متى يستلزم تحقيق العدالة اعتبار القانون شخصيا ؟ هذا ما اختلفت فى شأنه الاجابات ، ووضعت من أجله مقاييس مختلفة ، ليس هنا مجال بحثها^(٢) .

والخلاصة أن نظرية الأحوال الفرنسية فى القرن الثامن عشر كانت تقوم على الخصائص الثلاث السالفة . ولكن لم يكن من المتيسر لأصحابها أن يتفقوا على جميع الحلول التى تقول بها النظرية ، أو بعبارة أخرى ، كان هنالك اتفاق تام بينهم على الكادر العام لهذه النظرية ، وفى الوقت نفسه ، اختلاف ظاهر على كيفية تطبيقه . وهذا هو الوضع الذى كان سائدا فى فرنسا قبيل تجميع سنة ١٨٠٤^(٣) .

١٠٠ — وقد صادفت نظرية الأحوال على وجهها السالف انتقادات كثيرة^(٤) . ومع ذلك فمن الكتاب الحديثين من أحلها محل الاعتبار ، ولو أنه رفض الأخذ بها . فيعترف العلامة Savigny بكثير من حلولها ، ولكنه مع ذلك لم يأخذ بتقسيماتها .

وأهم ما يؤخذ على نظرية الأحوال ، على العموم ، أنها تركز على الأفكار الإقطاعية ، التى أصبحت غير متلائمة مع المبادئ الحديثة . فقد انتهى عصر تقسيم الدول الى مقاطعات ، لكل مقاطعة تشريعها ، وحقت فرنسا الاتحاد التشريعى قبيل سنة ١٨٠٤ ، لذلك كان من الطبيعى أن تطرح نظرية الأحوال جانبا عند وضع المجموعة المدنية .

(١) انظر Lainé . ٢ . ٨٨ و Bartin . ١ . ١٤٦ .

(٢) انظر Lainé . ٢ . ٧٧ — ٩٣ . ورسالة الدكتور حسن بغدادى . القاهرة . سنة ١٩٣٦ .

(٣) انظر Bartin . ١ . ١٤٦ .

(٤) انظر Surville . ٣٨ وما بعدها .

ويقول النقاد بهذه المناسبة أن هذه النظرية تضع الاعتبارات المتعلقة بالمال في المكان الأول ، اذ جعلت الأصل في القوانين أنها عينية ، مع أن القوانين قد وضعت في الأصل من أجل الأشخاص .

(١٠) — هذه هي الانتقادات العامة على النظرية ، ولكن هنالك

انتقادات خاصة تتلخص في الآتي :

أولا : أن تقسيم القوانين الى عينية وشخصية تقسيم ناقص وفاسد . ويظهر نقصه في أنه توجد جملة قوانين أخرى يصعب اعتبارها عينية أو شخصية ، كالقوانين المتعلقة بأشكال التصرفات ، وقوانين الالتزامات وقوانين الاختصاص وقوانين تنفيذ الأحكام الأجنبية ، فهي قوانين عامة ، لا تهتم بصفة أصلية لا بالأموال ولا بالأشخاص ، ويصعب ادخالها تحت أحد التقسيمين السابقين . ولقد حاول أنصار نظرية الأحوال المختلفة التغلب على هذه الصعوبة عن طريق إيجاد تقسيم ثالث . هو الأحوال المختلطة ، وعن طريق ارهاق التقسيمين السابقين ، وادخال القوانين عنوة في أحدهما على حسب تفكير كل كاتب ، وهكذا انتهت الأمور الى القوضى ووجد المجال خصبا للخلافات الكثيرة . أما كونه تقسيما فاسدا ، فيظهر في صعوبة القول بأن هناك قانونا شخصا محضا ، أو قانونا عينيا محضا ، اذ القاعدة أن القوانين تنظم علائق الأشخاص وأموالهم ، وفي كل علاقة قانونية يوجد الشخص والمال عادة ، فالقول بوجود قانون شخصي محض وآخر عيني محض مخالف لطبيعة الأشياء . وإنما يكون من الأوفق القول بأن هناك قوانين تغلب فيها الصفة العينية ، لأنها تهتم بتنظيم حال المال ، بغير اهتمام بالشخص في ذاته ، كالقوانين المنظمة للملكية ، وكما أن هناك قوانين تتغلب فيها الصفة الشخصية اذ تنظم حال الأشخاص ، بصفة أصلية ، دون أن تهتم بحال المال الواقع عليه التصرف ، كالقوانين المتعلقة بالأهلية . عندئذ يكون التقسيم معقولا . ولكن هذا لا ينفي مطلقا نقصه من الناحية التي أشرنا اليها .

ثانيا : أن نظرية الأحوال تخلق بين عينية *réalité* القوانين واقليميتها *territorialité* ، وكذلك بين شخصية القوانين وخروجها عن الاقليم

extra-territorialité ، مع أنه يجب التمييز بين هذه الاصطلاحات كلها . فعينية القوانين يراد بها تعلقها بالأموال ، منقولة كانت أو عقارية . فمحل الاعتبار اذن هنا هو موضوع القانون ، واقليمية القوانين يراد بها سريان القانون على الأشخاص والأشياء الموجودة في داخل اقليم معين . فمحل الاعتبار هنا هو نطاق القانون . وكان من اللازم اذن عدم الخلط بين موضوع القانون ونطاقه ، اذ من المحتمل أن يكون القانون اقليميا ، ومع ذلك يكون متعلقا بالأشخاص ، كما نرى في القوانين الخاصة بحماية الأفراد ، كقوانين التأمين الاجتماعي les lois d'assurance sociale وكذلك بعض النصوص الجنائية الخاصة بحماية الأرواح ، كالقوانين الخاصة بالعود مثلا récidive فهي قوانين اقليمية ومع ذلك موضوعها الأشخاص دون الأعيان . ومن جهة أخرى فان شخصية القوانين يراد بها تعلقها بالأشخاص ، فمحل الاعتبار هنا هو موضوع القانون ، وخروج القوانين عن الاقليم يقصد به سريان القانون على أشخاص أو أشياء^(١) موجودة في خارج الاقليم . فالخلط هنا حاصل بين موضوع القانون ونطاقه ، والواجب التمييز بينهما كما قدمنا . فمن المحتمل اذن أن يكون القانون شخصا ولكن ليس له أثر خارج الاقليم كما هي الحال في أغلب نصوص قانون العقوبات ، ومن المحتمل على العكس أن يكون القانون عينيا وله أثر خارج الاقليم كما هي الحال بالنسبة لقوانين الموارث ، حسب بعض التشريعات . كل هذا لا ينفي أنه في كثير من الأحوال تكون القوانين العينية اقليمية ، والقوانين الشخصية لها أثر خارج الاقليم ، وهذا هو منشؤ الخلط السالف^(٢) .

ثالثا : أن نظرية الأحوال نظرا لبعدها عن الدقة كما بيناه تترك المجال واسعا

(١) والغالب أن هذه الأشياء متقلبات اذا ما طبق عليها قانون الموطن طبقا لبعض التشريعات كالقانون الفرنسي ، كما يحتمل أيضا أن تكون عقارات كما هي الحال في التشريعات التي تخضع الموارث لحكم قانون الجنسية في المتقلبات والعقارات على السواء كالتشريع الايطالي والتشريع المصري المادة ٧٧ م . مختلط .

(٢) انظر Pillet-Niboyet . ٣٨٥ وقبله بند ٧٩ هامش ٢ .

أمام القاضى وهذا مما يؤدي الى التحكم arbitraire ، اذ تفتح الباب على مصراعيه أمام المؤثرات التى تختلف بحسب عقيدة القاضى subjectivisme ولا يخفى ما فى ذلك من الاضرار بالعدالة ومصلحة المتقاضين ، اذ تزول الطمأنينة اللازمة .

١٠٢ — ورغم الانتقادات السالفة ، فان كثيرا من الحلول التى قالت بها النظرية ما زالت متبعة الى الآن . فتقسيم المرافعات الى اجراءات شكلية ordinatoria وأخرى موضوعية decisoria كقواعد الاثبات مثلا ، مأخوذ به حتى يومنا هذا . وكذلك القاعدة التى تقول بأن شكل التصرف خاضع لقانون بلد ابرامه Locus regit actum مطبقة فى أغلب التشريعات . وقد رأينا أن هذه القاعدة قد ظهرت بمناسبة شكل الوصية التى تحرر فى Venise وبقيت حتى اليوم . تلك هى حال نظرية الأحوال فى فرنسا فى القرن الثامن عشر ، فهل أثرت فى التشريع الفرنسى ؟ هذا ما سنبخه الآن .

المبحث السادس

فى

نظرية الأحوال والمجموعة الفرنسية (١٨٠٤)

١٠٣ — وجد واضعو المجموعة الفرنسية أنفسهم أمام خلافات عدة بين أصحاب نظرية الأحوال . فالحلول التى قالوا بها متناقضة والمبادئ الأساسية التى تتميز بها نظريتهم كانت محل جدل ونقد شديدين من جانب بعض الكتاب . فهل كان من الممكن أن يعتمدوا على هذه الخلافات فيخلقوا منها نظاما قانونيا فى مسائل تنازع القوانين ؟ هذا ما لا يعتقده الكثيرون ، وعلى رأسهم الأستاذ Bartin^(١) فالمفروض عندهم أن المجموعة المدنية الفرنسية لم تأخذ بنظرية الأحوال

(١) انظر ١ . ١٤٧ وما بعدها . وهناك من الكتاب من أخذ برأى عكسى ومنهم Foelin و Varelles-Sommières و Aubry et Rau . ومنهم من أخذ برأى آخر مؤداه أن المجموعة المدنية قد قطعت كل علاقة مع نظرية الأحوال كالأستاذ Weiss .

وان كانت أحيانا قد أخذت ببعض حلولها^(١) . ويظهر أنه كان من الطبيعي أن يحدد واضعوا المجموعة عن هذه النظرية بعد أن تغيرت الظروف في فرنسا بزوال تنازع القوانين المحلية ، واصدار مجموعة مدنية واحدة لكل فرنسا . لذلك كان من المقرر عليه عند الكتاب ، أن تقسم الأحوال الى عينية وشخصية ، مع تغليب الأولى ، غير معروف في المجموعة المدنية^(٢) .

١٠٤ — وأهم النصوص الفرنسية في تنازع القوانين نص المادة ٣ مدني وهو نص عام لا ينصرف الى حالة معينة بالذات من أحوال تنازع القوانين . ويتكون من ثلاث فقرات^(٣) . الأولى : « أن قوانين البوليس والأمن ملزمة لجميع السكان » . الثانية : « أن العقارات خاضعة لحكم القانون الفرنسي ولو كانت مملوكة لأجانب^(٤) » . والثالثة : « أن القوانين الخاصة بالحالة وبالأهلية تحكم الفرنسيين ولو أقاموا في الخارج » .

وعلاوة على هذا النص ، فانه توجد نصوص أخرى خاصة ، سنشير اليها في

(١) انظر Lévy-Ullmann . ٣٨٦ . ودروسه ١٩٣٤—١٩٣٥ . ١٠٧ وما بعدها .

(٢) انظر Lainé . ٢ . ١١٤ وما بعدها .

(٣) والنص بالفرنسية هو كالآتي :

Les lois de police et de sûreté obligent tout ce qui habitent le territoire.

Les immeubles, même ceux possédés par des étrangers sont régis par la loi française.

Les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français même résidant en pays étranger. 3. C.C.F.

(٤) وايراد النص على هذا النحو فيه اشارة لما يتمتع به السلطان من سيادة على العقار اذ أن العقار له صفتان ، صفته كجزء من التمة patrimoine ، ويتعلق على هذا الوجه بالقانون الخاص ، وصفته كجزء من أراضي الدولة ، ويتعلق على هذا الوجه بالقانون العام والسيادة . راجع Weiss في العيد المئوي . ٢٥٩ .

مواضعها^(١) .

١٠٥ — ويتبين من قراءة نص المادة الثالثة أنه يحوى فى الحقيقة ، جملة حلول رئيسية دون أن يقرر نظرية شاملة . وأن الحلول الرئيسية التى أتى بها إنما تتعلق بالحالة القانونية للأشخاص ، والأموال الموجودة فى فرنسا دون غيرها . وجدير بالذكر أن النص قد أهمل بعض مبادئ رئيسية فى تنازع القوانين ، فلم يشر إليها أصلا . فإذا عرضت مسألة فى تنازع القوانين لم يرد بشأنها نص تشريعى ، فمن العبث البحث عن الحل عند أصحاب نظرية الأحوال ، لأن المشرع الفرنسى ، ترك حلهم ، ولم يذكرها فى المجموعة المدنية وعندئذ يكون القضاء مطلق الحرية فى استنباط الحل الذى يراه ملائما ومتفقاً مع ما توحى به العدالة^(٢) . فما يلتزم به القضاء الفرنسى هو العمل فقط بمقتضى الفقرات الثلاث السابقة دون غيرها . وأما خارج هذا النطاق فإنه يتمتع بحرية كاملة . ولكن فى نفس هذه النقاط الثلاث لا بد من الاعتداد بأقوال الفقهاء الفرنسيين فى غضون القرن الثامن عشر ، فيرجع اليهم فى تفسير اصطلاحى الحالة والأهلية . الخ . ومما هو جدير بالإشارة إليه هنا أن كتاب القرن الثامن عشر لم يعرفوا التفرقة بين التنازع القانونى الثابت *Conflit immobile* والتنازع القانونى المتغير *Conflit mobile* .

١٠٦ — فالثابت اذن أن النص لم يأت به ذكر لاصطلاحى الأحوال الشخصية والأحوال العينية^(٣) . كما أنه لم يأت به ذكر لتطبيق القوانين الأجنبية

(١) وأقصد بهذه الإشارة الى المواد ٤٧ ، ٤٨ (الشكل) ١٧٠ ، ١٧١ (خاصة بالزواج) ٩٩٩ ، ١٠٠٠ (وصايا) ٢١٢٨ (رهن تأمينى) ومعلوم أن النصوص ضئيلة العدد مبعثرة بين نصوص القانون المدنى ، ويظهر أن سبب هذه الحالة راجع لتغير الظروف اذ توحدت فرنسا ، وأصبحت قواعد تنازع القوانين المحلية لا تتناسب تماما مع تنازع القوانين الدولى راجع مقال Weiss السابق الإشارة إليه . ٢٥٥ .

(٢) انظر Bartin . ١ . ١٥٠ وما بعدها . Surville . ٤٦ .

(٣) وان كان البعض يعتمد على الفقرة الثانية للقول بأن ذلك قد أتى ضمنا . راجع Malleville فى المناقشات الخاصة بالمجموعة المدنية الفرنسية فى مجلس الدولة . ١ . ١٢ . عكس ذلك Weiss . ٣ . ١٣٦ . ومقاله . ٢٥٧ و Pillot . ١ . ١٢٠ — ١٢٢ .

وعلى ذلك البعض بأن المقصود هو بيان نطاق تطبيق القانون الفرنسى قبل أى اعتبار آخر!! كما أن المشرع الفرنسى أهمل قانون الوطن واستبدله بقانون الجنسية، تبعا للتوحيد التشريعى فى فرنسا. ولقد زال ما كان مقررا من قبل من أن للمجاملة دخلا كبيرا فى تطبيق التشريعات الأجنبية، وأصبح الاعتماد كله على فكرة ضرورة تحقيق العدالة. وعلى هذا الأساس سمح الفقهاء بتطبيق القوانين الأجنبية^(١) فى أحوال كثيرة، لم تقل بها نظرية الأحوال فى عهودها السابقة. ونحا القضاء الفرنسى نحو رجال الفقه، فاعتمد على الفقرة الأولى من المادة الثالثة للقول بأن لهذه القوانين (المذكورة فى الفقرة) صبغة اقليمية، ومعنى ذلك جواز تطبيق قوانين أجنبية أخرى فى غير المسائل المتعلقة بالبوليس والأمن^(٢). كما أنه اعترف بوجود أحوال *statuts* أخرى علاوة على الأحوال الشخصية والعينية، فقال بوجود أحوال متعلقة بشكل العقود وبالالتزامات وبالجرائم.. الخ. وكذلك استند القضاء على الفقرة الثالثة لاجازة تطبيق القوانين الأجنبية فى مسائل الحالة والأهلية الخاصة بالأجانب عن طريق التبادل^(٣).

وعلى العموم فإن نصوص تنازع القوانين الفرنسية، علاوة على غموضها، فإن بها نقص ظاهر، سعى فى تكملته الفقه والقضاء، متأثرا فى ذلك بالنظريات الحديثة.

١٠٧ — والخلاصة اذن أن المشرع الفرنسى قد تأثر بنظرية^(٤) D'Argentré وبالنظرية الهولندية، ولكن لا يمكن الاعتماد على هاتين

(١) ومن الفقهاء من قرر أن سكوت المشرع الفرنسى عن ذكر أحوال تطبيق القوانين الأجنبية يشعر بعدم سماحه بذلك، ولكن هذا رأى لم يعمل به القضاء أصلا.

(٢) والمراد هنا الأمن المدنى *la police civile* كالجنح المدنية مثلا.

(٣) انظر *Surville*. ٤٥ الذى أشار الى أقوال بعض المشتركين فى الأعمال التحضيرية بهذا المعنى.

(٤) راجع مقالنا « المحاكم الأهلية والأحوال الشخصية » مجلة القانون والاقتصاد السنة الرابعة العدد السابع. ٨٠٠ وما بعدها فى تأثير مسلك المشرع الفرنسى فى المشرع المصرى.

النظريتين ، اليوم ، للوقوف على ما تقضى به قواعد تنازع القوانين في فرنسا ، لأن القضاء ^(١) متأثرا بالحاجات العملية ، رأى ضرورة التوسع في تطبيق القوانين الأجنبية ، فأخذ بالنظريات الأخرى التي ظهرت بعد صدور المجموعة المدنية الفرنسية . هذا من جهة ، ومن جهة أخرى ، فقد رأينا الانتقادات التي وجهت الى نظرية الأحوال في القرن الثامن عشر ، تلك الانتقادات التي دعت المشرع الفرنسي الى الامتناع عن تقرير النظرية كاملة ، خوف الوقوع في مثالها . وكل هذا لا ينفي تأثيره بأحكامها .

١٠٨ — فما هي هذه النظريات التي ظهرت بعد صدور المجموعة الفرنسية سنة ١٨٠٤ ، وقبل صدور التشريع المصري سنة ١٨٧٥ ؟ هناك عدة نظريات ، قال بها الكتاب في مختلف الدول . ولما كانت هذه النظريات سابقة في ظهورها على صدور تشريعنا كان من اللازم دراستها كي يمكننا أن نتعرف الى أى حد تأثيرها المشرع المصري ، وسنعتقد لكل منها بحثا على حدة .

المبحث السابع

في

النظريات الانجلو أمريكية (القرن التاسع عشر والقرن العشرون)

١٠٩ — بينما كانت نظرية الأحوال في أوروبا ماثرا للمناقشات ، كانت إنجلترا في عزلة تامة . ولا يعنى ذلك أن العلائق الأجنبية ذات العنصر الأجنبي كانت مجهولة في إنجلترا ، اذ ذاك ، لأن هذا غير متصور . وإنما المقصود ، أنه قد تكونت في إنجلترا قواعد خاصة مستقلة لحل مسائل تنازع القوانين . وقد قال القضاء بهذه القواعد . فأصبحت بقوة السوابق القضائية precedent جزءا من

(١) راجع مقال Weiss المنشور في كتاب العبد المئوى للقانون المدني الفرنسي .

القانون العام ^(١) The Common Law .

١١٠ — ولكن حدث في غضون القرن الثامن عشر أن اتسعت علائق الانجليز بالهولنديين ، فاعتادت جماعة من الطلبة الاسكوتلنديين النزوح الى هولندا للدراسة فيها ، فدرسوا نظرية الأحوال الهولندية وتقلوها الى بلادهم ، حيث صادفت مبادئها بعض النجاح عند الكتاب الانجليز . وبدأت المحاكم الانجليزية تتأثر بلغة هذه النظرية ، فظهرت فيها اصلاحات اقليمية القوانين ، وخروجها عن الاقليم ، بل وأكثر من ذلك ، فقد أعجبتهم فكرة المجاملة فرددتها أحكامهم . فالحلصة ، اذن ، جملة ، أن المحاكم الانجليزية انتزعت من نظرية الأحوال الهولندية ما يتفق والمزاج الانجليزى ^(٢) وتركت الباقي . ولاشك أن أهم ما يعجب به الانجليز ، المبادئ الاقطاعية ، وأهمها مبدأ اقليمية القوانين ، حتى اذا سمح بتطبيق تشريع أجنبي فما ذلك الا عن طريق المجاملة Comity . ومن الملاحظ في هذا الصدد أن تطبيق قانون موقع العقار Lex rei situs كان له الجذب الأول ، أما تطبيق قاعدة Locus... والأخذ بقانون بلد العقد لحكم الشكل Lex loci actus فلم يؤخذ به الا ابتداء من سنة ١٨٦١ وذلك بتشريع خاص ، أما القانون الذى يحكم موضوع العقد lex loci contractus فلم يكن له حظ كبير في التطبيق ، وكذلك الحكم بالنسبة للقانون الشخصى lex nationalis .

١١١ — ونحانحو الانجليز في دراساتهم لنظرية الأحوال الهولندية ، الكتاب الامريكيون ، ولكنهم بزوا زملاءهم ، ورجعوا للمؤلفات الفرنسية ، فجاءت دراساتهم أوسع نطاقاً وأكثر ثمرة ، ونبغ فيهم الكاتب Story بعد أن مهد له كاتب آخر يدعى Livermore وهو كندى من أصل فرنسى . ووضع Story نظرية في تنازع القوانين مازالت محلاً للاعتبار .

(١) انظر Lévy-Ullmann في كتابه *Système juridique de l'Angleterre* ٥٣ — ٧١ ورسالة Ancel باريس طبعة ثانية ٢٣١ وما بعدها .

(٢) انظر Westlake ٨٠ . ومؤلف Cheshire . اكسفورد . ١٩٣٥ .

وعلى العموم فإن الفقه الأمريكي قد تأثر بنظرية الأحوال كما كانت معروفة في أوروبا إذ ذاك ، كما تأثر من جهة أخرى بالمبادئ المقررة في المحاكم الانجليزية ، نظرا للشبه الكبير بين النظام القانوني الانجليزي والنظام القانوني الأمريكي .

١١٢ - لذلك كان من الطبيعي أن تتركز النظريات الانجلو أمريكية

على سيادة القانون الاقليمية وتغليبها على السيادة الشخصية . وهكذا يمكن أن تعد من هذه الوجهة في مركز متأخر بالنسبة للتشريعات الأوروبية^(١) الأخرى وقتئذ . ولكن من الملاحظ في العهد الأخير أن القانون العام الانجليزي قد تأثر بوجهة النظر الأوروبية ، فأجازت المحاكم الانجليزية تطبيق التشريعات الأجنبية في أحوال عدة لم تكن تجزها من قبل^(٢) .

١١٣ - ورغم وجود تشابه كبير بين أفكار الكتاب الانجليز وأفكار الكتاب الأمريكيين ، فإنه توجد بينهم فوارق كثيرة تظهر في أحكام القضاء ، وكان لزاما علينا أن ندرس نظرياتهم ، كلا على حدة ، متبعين في ذلك ترتيبا تاريخيا .

١١٤ - ومن أشهر الكتاب الذين ظهروا في القرن التاسع عشر الأمريكي Story (١٧٧٩ - ١٨٤٥) . وقد كان قاضيا ثم أستاذا في جامعة Harvard وأخرج مؤلفه في سنة ١٨٣٤ . ويمتاز هذا المؤلف بأنه كان الأول من نوعه إذ بحث مسائل تنازع القوانين بأكملها^(٣) . فلم يقتصر اذن على بحث بعض المسائل دون غيرها ، بل عنى بوضع نظام système لم يكن معروفا من قبل ، فأثر في كل مؤلفات اللاحقين له . وعلى الأخص في إنجلترا ، حيث أخذ بأفكاره

(١) انظر Weiss المجلد ٣ . ٢٠٣ .

(٢) انظر Clunet-Westlake . ١٨٨١ . ٣١٢ . وكذلك مجلة القانون الدولي الخاص . ١٨٨٢ . ٢٨٥ . وحكم المحكمة العليا الانجليزية المنشور في Law Times ١٤ أكتوبر ١٨٩٩ و Clunet ١٩٠١ . ١٥٠ .

(٣) وذلك عن طريق بيان الحلول التي قال بها القضاء الأمريكي في مسائل تنازع القوانين مع تعليقات وملاحظات من جانب الكاتب . وهناك طبعة ثامنة في سنة ١٨٨٣ . وانظر بحث Kuhn . مجلة أكاديمية لاهاى . ١٩٢٨ . ٢١ .

الكاتب الانجليزى Westlake . كما أن أفكار Story صادفت نجاحا عند الكاتب الفرنسى Faelix الذى أخرج أول مؤلف شامل فى القانون الدولى الخاص فى فرنسا سنة ١٨٤٣ .

١١٥ — ولقد وضع Story نظريته فى تنازع القوانين كنظرية دولية ، أى أنه لم يقصر حله على تنازع القوانين بين الأقاليم . فشملت نظريته أيضا ما يحصل بين قوانين الدول من تنازع . ورغم أن امريكا كانت مقسمة فى ذلك العهد الى مقاطعات ، فانه لم يقف عند حد بحث تنازع القوانين المحلى . ومن الملاحظ أنه تأثر فى آرائه بأفكار الكتاب السالفين له ، اذ كثيرا ما أشار الى Bartole و Dumoulin و Pothier و Merlin . ومع ذلك فانه أهمل تقسيم الأحوال بصفة عامة الى شخصية وعينية ، وخص كل قانون على حدة ، وانتهى الى تقسيمات تقرب من تقسيمات Bartole . كما أنه نقد الكتاب الفرنسين اللاحقين لدارجنترية ، لأنهم رجعوا الى التفريعات العديدة التى قالت بنظيرها المدرسة الايطالية القديمة .

١١٦ — ولما كانت نظرية Story دولية ، فانه استعمل مرارا عبارة القانون الدولى الخاص^(١) ، بدلا من عبارة تنازع القوانين ، فكان هذا الاستعمال سببا فى شيوع هذا الاصطلاح فى أوروبا فيما بعد .

١١٧ — وتأثر Story مع ذلك بالنظرية الهولندية ، فقرر أن تطبيق القوانين الأجنبية انما يحصل عن طريق المجاملة الدولية Comity^(٢) . وهذا

(١) راجع مؤلفه Commentaries on the conflict of laws . ٩٦ .

(٢) ومعنى ذلك أن الأصل فى القوانين أن تكون اقليمية ، ولم يرض بذلك Story فأجاز تطبيق القوانين الأجنبية فى أحوال عدة متبعا فى ذلك طريقة أصحاب النظرية الايطالية القديمة ، méthode casuistique المسماة école bolonaise . ونوجه النظر الى أن اتباع هذه الطريقة متفق تماما مع مسلك القضاء فى أمريكا وانجلترا ، اذ يعطى الحل لكل حالة على حدة cas d'espèce أو Cases دون التورط فى وضع مبدأ عام ينطبق على جميع الحالات المتشابهة Casus similis اذ من المعلوم أن لكل حالة ظروفها المحيطة بها .

ما سارت عليه الأحكام في أمريكا وإنجلترا . فاضطر Story للاعتراف به ، مع تمنيه في خاتمة مؤلفه ، أن يقصد بعبارة المجاملة الدولية معنى ضرورة تحقيق العدالة بين الأمم أو ضرورة تحقيق العدالة الدولية justice of nations فيكون تطبيق التشريعات الأجنبية من موجبات القانون de droit لا من موجبات المجاملة . كما انه تأثر بها من ناحية أخرى ، اذ اعتبر أن أغلبية القوانين اقليمية حتى ما تعلق منها بالأشخاص . فيرى Story^(١) أن سلطة الوصى على أملاك القاصر وشخصه لا يمكن أن تتجاوز حدود البلد الذي قرره هذه السلطة . فاذا كان للقاصر أموال في أمريكا أو وجد هو فيها ، فانه يعامل وفقا للتشريع الأمريكي . وهذا الحل نفسه كان مقرا اذ ذاك في القضاء الانجليزي . وفي الأحوال التي أبيض فيها تطبيق قانون أجنبي ، وكان التنازع متعلقا بالأشخاص ، فانه أخذ فيها بقانون الموطن Law of domicile وفقا للمبادئ الانجليزية .

١١٨ — وظهر أن نظرية Story جاءت في مجموعها مزيجا من الأفكار التي كانت سائدة في أوروبا ، والأفكار الانجليزية الأمريكية ، لذلك كان من الطبيعي أن يتأثر بها الكتاب والقضاء في إنجلترا ، على الأخص اذا لاحظنا ازدياد الاتصال بين دول القارة وإنجلترا ، مما دعا الى تبادل في الأفكار القانونية . فظهر في إنجلترا الكاتب الانجليزي Westlake الذي يقرر وجوب السماح بتطبيق القوانين الأجنبية في بعض الأحوال ، لأن القول بغير ذلك فيه مخالفة صارخة للعدالة shocking to all notions of justice^(٢) . فتطبيق القوانين الأجنبية في إنجلترا لا يقوم اذن على مجرد المجاملة . وهذا ما انتهى اليه القضاء الانجليزي بأحكام لها قوة القانون . وما هو جدير بالملاحظة ، أن الكتاب الانجليز والمحاكم الانجليزية على اتفاق بشأن تطبيق قانون الموطن لحكم مسائل الأحوال الشخصية

(١) راجع مؤلفه . ٤٩٠ . وكذلك مؤلف The conflict of laws Goodrich

. ١٩٢٢

(٢) وقد عاش المؤلف ١٨٢٨ — ١٩١٣ راجع مؤلفه . ٧ .

personal law . ولو كان هذا القانون أجنبياً^(١) . ولقد اتبع Westlake في بيان قواعد القانون الدولي الخاص في إنجلترا طريقة استخلاص المبادئ من الأحكام والتعليق عليها . وهي طريقة مخالفة لما جرى عليه المؤلفون في القارة الأوروبية . وقد اتبع في شرحه للموضوعات المختلفة ترتيب النصوص التي وردت في التشريع الإيطالي . وانتهى Westlake^(٢) الى أن تطبيق قواعد تنازع القوانين في إنجلترا مقيد بحصول التنازع بين تشريعات دول متمدينة ، لأن العالم المتمدين وحدة لا تتجزأ . فإذا اكتسب فرد حقاً بموجب قانون أو حكم في بلد أجنبي ، فلا بد من احترام هذا الحق في إنجلترا . وتبنى في خاتمة مؤلفه زوال الفوارق بين قواعد تنازع القوانين في الدول المختلفة ، على الأقل ، عن طريق عقد الاتفاقات الثنائية بين الدول ، إذ أنه لا يؤمن كثيراً بفائدة الاتفاقات في الجمعية . وظاهر أن هذه النتيجة متجانسة كل التجانس مع الأفكار الانجليزية التي ترفض التعميم مقدماً .

١١٩ — ومن أشهر الكتاب في إنجلترا العلامة Dicey^(٣) . وتتلخص آراؤه فيما يأتي : أولاً : أنه يوجد في قانون كل دولة بعض قواعد قانونية تبين مدى تطبيق القوانين الأجنبية . ثانياً : أن المحاكم الانجليزية لا يمكنها أن تتخلى عن القضاء في العلائق القانونية ذات العنصر الأجنبي ، كما أنه لا يمكنها أن تقضى فيها دائماً وفقاً للقانون الانجليزي ، لما يترتب على ذلك من انتهاك حرمة

(١) ولم تصل المحاكم الانجليزية الى هذه النتيجة طرفة واحدة ، بل رفض القضاء في أول الأمر تطبيق القوانين الأجنبية على الأساس السابق . راجع Westlake . ٤١٠ وما بعدها حيث أورد أحكاماً عدة في هذا المعنى . ومن الملاحظ أن الأحكام كانت في بداية الأمر تصر على تطبيق القانون الانجليزي ، ثم جعلت الأخذ بالقانون الأجنبي اختيارياً ، وأخيراً انتهت الى تطبيق القانون الأجنبي في هذه المسائل وهو ما استقر عليه الرأي .

(٢) راجع مؤلفه . ٤١٥ .

(٣) راجع مؤلفه . ٧ — ٢٣ وقد شرحنا هنا نظريته ، رغم حداثة ، لأنها نعتقد أن النظريات الانجلوأمريكية وحدة لا تتجزأ .

العدالة والاضرار بالانجليز والأجانب على السواء . فيجب اذن أن تطبق هذه المحاكم قوانين أجنبية في بعض الأحوال ، بناء على الأساس السابق لا على أساس المجاملة . ثالثا : أنه هناك شها بين قواعد تنازع القوانين الانجليزية وغيرها من القواعد المماثلة في تشريعات الدول المتدينة ، لأن الأغراض التي تسعى لتحقيقها هذه القواعد واحدة ، وهي احترام آثار الحقوق في خارج البلاد التي اكتسبت فيها ، سواء اكتسبت بموجب عقد أو حكم . رابعا : أن تسمية هذه القواعد باسم قواعد تنازع القوانين منتقد ، اذ الواقع أن لا تنازع ، وأنه ربما كان من الأولى تسميتها « قواعد القانون الدولي الخاص » .

١٢٠ — هذه هي المبادئ العامة التي ترتكز عليها نظرية تنازع القوانين عند Dicey . أما بالنسبة لما يتعلق بتطبيق قواعد تنازع القوانين ، فقد وضع الكاتب مبدئين عامين لاختيار القانون وتحديد الاختصاص ، وهما : المبدأ الأول : أن المحاكم الانجليزية تعترف وتنفذ ، على العموم ، الحقوق التي اكتسبت بطريقة مشروعة^(١) تحت سلطان قانون دولة متمدينة أجنبية . المبدأ الثاني : غير أنه يستثنى من هذه الحقوق ما كان مخالفا لنصوص القوانين الانجليزية التي قصد أن تسرى في الخارج^(٢) ، أو لسياستها العامة the policy of English law ، أو للأداب أو للنظم السياسية السائدة في إنجلترا ، وكذلك ما كان من شأنه التعرض لسلطان أجنبي في حدود بلاده .

١٢١ — وعلى خلاف سائر الكتاب السابقين عليه في إنجلترا ، وفي

(١) ويجب أن تعتبر المحاكم الانجليزية أن طريقة اكتساب الحق مشروعة ، وذلك بغض النظر عما يقول به القانون الأجنبي .

(٢) وعبارته بالانجليزية Where the enforcement of such right is inconsistent with any statute of the Imperial Parliament intended to have extra-territorial operation

ومثله القانون الخاص بالزواج الأجنبي أي الذي يكون أحد طرفيه انجليزيا Foreign Marriage Act 1892 راجع Dicey ٣٥٠ .

القارة الأوروبية ، وضع Dicey مبادئ خاصة لتحديد الاختصاص . المبدأ الأول : أن محاكم الدولة تختص بنظر المنازعات التي يمكنها أن تصدر فيها حكما محتمل التنفيذ ؛ أي أن Dicey يجعل مكنة التنفيذ أساسا للاختصاص . وهذا مخالف للأفكار السائدة في القارة . ومع ذلك فإذا لم توجد محكمة يمكن أن تختص على الأساس السابق ، فتكون الأفضلية في الاختصاص للمحاكم الانجليزية . ومعنى ذلك أن المحاكم الانجليزية لا يجب عليها أن تقضى بعدم اختصاصها إذا ما رأت أنه لا يمكن تنفيذ حكمها ، بل يجب أن تتأكد أولا من وجود محكمة مختصة على الأساس الذي ذكرناه ، فإن لم تجد فأنها تسترد الاختصاص من جديد . وظاهر أن هذا التحفظ يقصد به التوسع في اختصاص المحاكم الانجليزية من جهة ، وضرورة تحقيق العدالة من جهة أخرى ^(١) . المبدأ الثاني : أن محاكم الدولة تختص في حالة خضوع المتقاضين لها . وهذا هو مبدأ الخضوع المقرر أيضا في القارة الأوروبية .

١٢٢ — وبعد أن انتهى Dicey من وضع المبادئ المتعلقة بالاختصاص العام انتقل الى المبادئ المتعلقة باختيار القانون ، فقرر ما يأتي : المبدأ الأول : أن طبيعة الحق الذي اكتسب تحت سلطان قانون أجنبي تتحدد وفقا لأحكام هذا القانون ^(٢) . فقانون موقع العقار هو الذي يحدد طبيعة الحقوق التي يمكن أن تكتسب عليه ، وطرق انتقال ملكيته الخ . وعلى ذلك إذا ثبت أن القانون الاسكوتلندي مثلا هو القانون الذي اكتسب الحق تحت سلطانه ، وكان لا يستلزم توافر سبب Consideration لصحة الالتزام فانه يتبع . المبدأ الثاني : إذا كان القانون الذي يحكم العلاقة القانونية قد اختاره المتعاقدان ، فانه يرجع اليه لتحديد مدى آثار هذه العلاقة . وهذا المبدأ ، كما هو ظاهر ، مقرر لمبدأ كفاية الارادة principe de l'autonomie de la volonté المعروف في القارة . وكذلك فانه متجانس مع المبدأ السابق عليه ، إذ المبدأ الأول مقتضاه أن

(١) انظر Dicey . ٤٣ — ٤٤ .

(٢) مؤلفه . ٥٩ .

القانون الأجنبي يتقرر تشريعيا والمبدأ الثاني مقتضاه أن القانون يتقرر اتفاقيا^(١).
 ١٢٣ — وقد شرح Dicey قواعد القانون الدولي الخاص الإنجليزية متبعا طريقة استقراء الأحكام . فاستخلص القواعد من أحكام القضاء ، ورتبها ترتيبا عذديا ثم علق عليها . ولكنه جعل المبادئ التي بنى عليها نظريته قائمة كتابه فأصبحت بمثابة نصوص تشريعية . وعلى العموم فإن نظريته تميل كثيرا الى مبدأ اقليمية القوانين ، كما أنه لا علاقة لها بنظرية الأحوال .

الملحق الثامن

في

النظريات الألمانية (القرن التاسع عشر)

١٢٤ — ولقد رفض الكتاب الألمان بدورهم الأخذ بنظرية الأحوال بعد أن انهالوا عليها بالنقد اللاذع . وقد اعتبروا أن القانون الواجب التطبيق على العلائق القانونية ذات العنصر الأجنبي بعيد عن أن يتصل بمبدأ اقليمية القوانين ، ولذا اقترحوا اتباع مقاييس جديدة لتعيين هذا القانون . وانتهى الأمر بهم الى ابتكار نظريات جديدة في تنازع القوانين ، لم تكن أغلبية حلولها متبعة فعلا ، وقتئذ ، حتى في ألمانيا نفسها .

ولقد أدى ذلك الى أن بعض الكتاب الفرنسيين^(٢) اعتبروا هذه النظريات فلسفية قبل أن تكون عملية .

١٢٥ — على أنه رغم الاختلافات في النظريات الألمانية التي ظهرت في خلال القرن التاسع عشر ، فإنها جميعا ترفض الأخذ بنظرية الأحوال كما قدمنا . وكذلك لا تقر هذه النظرية المجاملة كأساس للسماح بتطبيق التشريعات الأجنبية .

(١) راجع في شرح نظرية Dicey كتاب الدكتور الزيني . ١٣٧ — ١٥١ .

(٢) انظر Weiss . ٣٦٠ .

ومن الغريب أن تأتي النظريات الألمانية على هذا النحو بينما كانت ألمانيا في ذلك العهد مقسمة الى مقاطعات أسوة بفرنسا وهولندا وإيطاليا . ولقد رأينا أن هذه الحالة كانت سببا في نشوء نظرية الأحوال . ولكن يظهر أن الألمان قد تنبهوا الى مثالب هذه النظرية فابتعدوا عنها ، وفضلوا الاجتهاد في خلق نظريات جديدة ، ربما أنت بنتائج أحسن في تحقيق العدالة . ويظهر أنهم كانوا موقنين في هذا الصدد ، وآية ذلك أن الكتاب الفرنسيين الحديثين ^(١) قد تأثرت أغليبيتهم بالنظريات الألمانية ، وعلى الأخص بنظرية Savigny .

ولقد ظهرت في ألمانيا عدة نظريات في تنازع القوانين ، وأشهرها ثلاث : وهى نظرية Wæchter ، ونظرية شفنر Schæffner ونظرية Savigny وسنشرحها على التوالى .

١٢٦ — نظرية Wæchter ^(٢) : ظهرت هذه النظرية في عام ١٨٤١ . وتتلخص في أن القاضى مقيد في قضائه بأوامر المشرع . فاذا أشار المشرع باتباع أحكام قانون معين ، وطنيا كان أو أجنبيا فلا مناص من اتباعه . وعلى ذلك اذا قرر المشرع مثلا بأن العقار يخضع لقانون موقعه فيجب اتباع هذا القانون دون غيره . ولكن يحصل أحيانا أن يسكت المشرع عن بيان القانون الواجب التطبيق ، فيجب على القاضى في هذه الحالة أن يهتدى بروح التشريع في سبيل معرفة القانون الواجب التطبيق . فاذا كان النزاع متعلقا بزواج تم بين أجنبى ، فلا شك هنا في أن روح تشريع القاضى تقتضى التخلّى عن حكم هذا الزواج للقانون الشخصى للزوجين ، لأن المشرع الألمانى في نصوصه الخاصة بالزواج إنما يهتم فقط بالعائلات والرعايا الألمان ، فلا معنى اذن لتطبيق هذا التشريع على الأجنبى . فاذا كان الزوج ألمانيا ، فانه توجد هنا مصلحة المانية جديدة بالحماية ، وعلى ذلك لا يعتبر الزواج صحيحا الا اذا تم وفقا للتشريع الألمانى . أما في الأحوال التى لا يوجد

(١) وعلى رأسهم Bartin في مؤلفه الحديث . وكذلك الانجائز وعلى رأسهم Dicey .

(٢) ولقد ظهرت هذه النظرية في مجلة L'Archiv fur civilistische Praxis .

بشأنها نص ، ولا يمكن فيها الاهتداء بروح التشريع ، فيلزم اتباع قانون القاضى لأنه الأولى بالتطبيق .

وظاهر فى هذه النظرية أنها لا تمت بصلة الى نظرية الأحوال ، وأنها تجعل تطبيق القوانين الأجنبية معقودا برضا المشرع دون أى تحكم من جانب القاضى . ولا شك أنها مقبولة فيما توصى به من ضرورة اتباع أوامر المشرع .

ولكن عيبها الرئيسى فى أنها تعول كثيرا على قانون القاضى ، وذلك فى الأحوال التى لا يوجد فيها حكم تشريعى صريح أو ضمنى . كما أنها فى هاتين الحالتين لا تأتى بجديد ، اذ تقول بضرورة اتباع الحل الذى يقول به المشرع ، وهذه بديهية معروفة . ولكن ماذا يلزم أن يقول به المشرع لحل مسائل تنازع القوانين؟ هذا ما تلزم الاجابة عنه من جانب واضعى النظريات وهو ما سكت عنه فستر Wæchter^(١) . كما أنه يعيب هذه النظرية جعلها الاختصاص التشريعى ملحقا بالاختصاص القضائى ، اذ يتغير الأول فى الغالب تبعا للثانى ، وفى هذا من التأثير فى حقوق الخصوم ما لا يخفى .

١٢٧ — نظرية شفر Schæffner : ظهرت هذه النظرية أيضا فى سنة ١٨٤١^(٢) . وتتلخص فى أن القاضى ملزم باتباع أوامر المشرع فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق فى العلائق القانونية ذات العنصر الأجنبى . فإذا لم يوجد نص فى هذا الصدد فإن القاضى لا يرجع هنا الى روح تشريعه ، بل يرجع الى قانون الجهة التى نشأت فيها العلاقة القانونية . وتطبيقا لذلك فإن حالة الشخص وأهليته تخضعان لقانون موطنه الأصلى ، لأن الشخص قد ولد هنالك . أما بالنسبة للأموال ، فيجب التمييز بين الأموال مجموعة ut universitas كما هى الحال فى الموارىث ، فهذا يجب تطبيق قانون الموطن ، لأنه فى هذا المكان قد اكتسب المتوفى

(١) قارن Poulet . ٢٨٥ .

(٢) وذلك فى مؤلفه . Entwicklung des internationalen Privatrechts أى رقى القانون الدولى الخاص .

أهليته لتملك الأموال . فإذا كانت الأموال منفردة *ut singuli* منقولة كانت أو عقارية فيطبق قانون موقعها ، لأن هناك تنشأ العلائق القانونية بشأنها .
ومما يميز به شفنر أنه بدأ بنقد نظرية الأحوال ، واقترح بدلها النظرية السابقة ، التي تشبه في بعض أجزائها نظرية فستر . وقد انتقدت نظرية شفنر بدورها لأنه من الصعب في كثير من الأحيان تحديد مكان *siège* نشوء العلاقة القانونية ، أو هل يلزم في هذا الصدد التمسك بمكان الأشخاص أو بمكان الموضوع أو بمكان السبب المنشئ للعلاقة القانونية ^(١) ؟

١٢٨ — نظرية سافيني Savigny : وهذه النظرية هي أكثر النظريات الألمانية نجاحا . وقد ظهرت في مؤلفه ^(٢) سنة ١٨٤٩ في الجزء الثامن منه . ومما يدل على أهميتها ، أن ترجم هذا المؤلف الى اللغات المختلفة ، ولم يترجم بعد الى اللغة العربية .

ويتفق Savigny مع السالفين عليه في ضرورة الأخذ بما يقرره المشرع في مسائل تنازع القوانين . ولكنه يلاحظ مع ذلك أن أوامر المشرع في هذا الصدد محدودة ، وأن الصعوبة الحقيقية هي في الأحوال التي لا يوجد بشأنها نص تشريعي ، والتي من أجلها وضع Savigny نظريته التي صادفت تقدير الكافة في مختلف الدول ^(٣) .

١٢٩ — كانت ألمانيا في عهد Savigny مقسمة الى عدة مقاطعات يسود في كل منها تشريع خاص . ولكن كان هناك أيضا القانون العام بين كل

(١) قارن Pouillet . ٢٨٦ و Arminjon . ١ . ٦٨ .

(٢) واسمه *System des Heutigen Rominchen Rechts* . والترجمة الفرنسية لواضعها Guenoux . وقد عاش المؤلف (١٧٧٩ — ١٨٦١) .

(٣) راجع Makarov . ٨٦ . وتلفت النظر الى أن نظرية Savigny لا تركز على النصوص التشريعية ، فأساسها مجهود عقلي بحث *Conception rationnelle* ، انظر Bartin . ١ . ١٥٦ الذي يقرر بأن النظرية إنما وضعت على الأخص بمراعاة حالة ألمانيا في ذلك الوقت . و Arminjon . ١ . ٧٣ .

المقاطع ، وهو القانون الروماني بالشكل الذي كان معروفا به في ذلك الوقت . ومن هنا ندرك العلة في أن Savigny أطلق على مؤلفه اسم « في نظام القانون الروماني الحاضر » . فالحالة اذن في المانيا كانت متشابهة مع الحالة في فرنسا ، وكذا في هولندا ، وفي ايطاليا القديمة . ولكن مع ذلك لم يأخذ Savigny بنظرية الأحوال ، بل طرحها جانبا متعمقا في أبحاثه العلمية ، فابتكر نظرية مازالت محل اعتبار الجميع .

١٣٠ — وتبع Savigny طريقة Story بوضعه مؤلفا شاملا لكل مسائل تنازع القوانين ، وقد بحث فيه مختلف المسائل بطريقة علمية أظهر من طريقة سلفه . ولكنه من الجهة الأخرى رفض الأخذ بأساس الجمالة ، واعتبر أن مقتضيات العدالة وحدها هي التي توجب تطبيق التشريعات الأجنبية ، فحقق بذلك الخطوة التي كان يصبو Story الى تحقيقها . وقد اعتمد Savigny في تقرير ذلك على أن هناك اشتراكا قانونيا *communauté juridique* بين كل الشعوب اللاتينية . ففكرة العدالة عند الجميع واحدة ، وعلى الأخص بين الأمم اللاتينية المسيحية التي أخذت بالقانون الروماني ^(١) . فاشترك هذه الأمم في الديانة (المسيحية) وتطبيقها للقانون الروماني ، مؤداه الطبيعي أن تتحد حلول مسائل تنازع القوانين عندها جميعا . ومن هنا تتبين لنا الصبغة الدولية الظاهرة لنظرية Savigny ، تلك الصبغة التي وجد نظيرها بشكل أقل عند Story من قبل ، وكذلك عند أصحاب النظرية الهولندية . ووفقا لما تقدم لم يتبع Savigny مبدأ اقليمية القوانين (الأحوال) . أي أنه لم يقل باقليمية القوانين كأصل وشخصيتها كاستثناء ، كما فعل أصحاب نظرية الأحوال ، بل رأى أن تطبيق القانون من حيث المكان يتأثر باعتبارات العدالة ، ولا دخل هنا لمبدأ اقليمية القوانين ، اذ ليس المقصود هو انتصار القانون الاقليمي ^(٢) على غيره من القوانين الأجنبية ، وانما المقصود

(١) ومن هنا تظهر الصبغة التاريخية للنظرية .

(٢) وقد رجع Savigny الى هذا البدء عند بحثه للقوانين المتعلقة بالنظام العام .

هو تقرير العدالة على وجهها الكامل . فالافتراض مقدما *à priori* أن القوانين اقليمية لم يصادف نجاحا لدى Savigny ، وكان من نتائج ذلك أنه رفض الأخذ بتقسيم الأحوال الى عينية وشخصية ، وتقد هذا التقسيم من النقد ، وان كان قد سلم بما فيه من فوائد محدودة .

١٣١ — وقد وجد Savigny نفسه أمام نوعين من التنازع (ا) التنازع الداخلي بين قوانين المقاطعات بعضها مع بعض ومع القانون العام (ب) التنازع الذي له صبغة أجنبية مع قوانين الدول الأخرى . ورغم اعتراف Savigny بوجود فارق هام بين هذين النوعين من التنازع ، وهو وجود قانون عام أعلى *loi générale supérieure* يرجع اليه للوقوف على حل بالنسبة للنوع الأول^(١) فانه مع ذلك لم يفرق بينهما فيما ارتآه من حلول ، لأن الغرض عنده هو تحقيق العدالة ، وتحديد نطاق تطبيق النظم القانونية من حيث المكان ، لا فرق في ذلك بين نظام وطني داخلي أو نظام أجنبي^(٢) .

١٣٢ — وتتميز الطريقة التي اتبعها Savigny بأنها جاءت مخالفة لكل طرائق السابقين له . اذ أن هؤلاء قد ساروا على طريقة مؤداها بحث القانون نفسه لمعرفة ما اذا كان ينطبق فقط داخل الاقليم على كل الموجودين فيه ، أو يتبع أيضا بعض الأشخاص في الخارج . فنقطة البداية عندهم كانت تحديد نطاق القانون من حيث هو في تطبيقه الملائق القانونية ذات العنصر الأجنبي ، فقلب Savigny وضع الأمور ، وسار على طريقة مؤداها البحث أولا عن طبيعة العلاقة القانونية *la nature du rapport de droit* لمعرفة الى أي قانون من القوانين المتنازعة يمكن أن تخضع هذه العلاقة . فيترك Savigny بحث القانون

(١) وكذلك خلوه من كل عنصر أجنبي .

(٢) ومع ذلك فان نطاق نظرية Savigny محدود بمحصول التنازع بين تشريعات تقوم على القانون الروماني . ولم ير مانعا من بحث حالات التنازع مع قانون الولايات المتحدة ، وكذلك مع قانون إنجلترا بدعوى أن نظرية الأحوال الهولندية قد أخذ بها في هذه البلاد .

فى ذاته وسلطة المشرع فى هذا الصدد ، وكونها مقيدة بمحدود الاقليم على النحو الذى رأيناه عند أصحاب نظرية الأحوال ، ويبدأ يبحث طبيعة العلائق القانونية الوصول الى معرفة القاعدة القانونية *règle de droit* التى تحكمها . فقامت نظريته حول معرفة كيفية اسناد *rattachement* العلائق القانونية الى القواعد القانونية التى يجب أن تحكمها ، أى أن كل علاقة تسند الى القانون الأكثر موافقة لطبيعتها ^(١) ، وذلك تحقيقا للعدالة .

وتطبيقا على ماتقدم ، قال Savigny ان العلائق القانونية انما هى مظهر لنشاط الأشخاص ، فيجب أولا معرفة القانون الذى يحكم الأشخاص مجردين عن علائقهم . وهذا القانون فى نظر الأستاذ ، هو قانون موطن الشخص *lex domicilii* ^(٢) ، وليس غريبا أن يقول Savigny بذلك لأن التشريع فى المانيا لم يكن موحدا ، كما كانت الحال فى فرنسا بعد سنة ١٨٠٤ . وقد قرر الأستاذ بهذه المناسبة أن التشريع الفرنسى انما يوصى بتطبيق قانون الموطن فى الأحوال الشخصية الخاصة بالأجانب ، متبعا فى ذلك رأى Félix الفرنسى (وهو رأى مهجور فى القضاء الفرنسى) . وقياسا على الأشخاص ، زعم Savigny أن لكل علاقة قانونية موطنا أو محلا *siège ، assiette* ترتكز عليه كالأشخاص تماما ^(٣) ، فيجب البحث عن هذا المحل ، اذ أن تحديده معناه اخضاع العلاقة القانونية لقانون هذا المحل . فلكل علاقة قانونية فى نظره محيط

(١) راجع Valéry . ٣٦ و ٤٧٠ و Arminjon . ١ . ٦٩ .

(٢) ويمتقد الأستاذ أن العلائق القانونية انما هى امتداد مصطنع لشخصية الانسان *extensions artificielles de la personne* ويترتب على ذلك أنه لمعرفة القانون الذى يحكمها يجب اتباع نفس الوسائل التى تتبع بالنسبة للقانون الذى يحكم الأشخاص وحالتهم . أنظر Bartin . ١٥٩ . ١ . Arminjon . ٧٠ . ١ .

(٣) ويحدد الموطن ، عند Savigny ، القانون الواجب التطبيق وكذلك الاختصاص *forum domicilii* . انظر مؤلفه . ٨ . ٣٦٠ . حيث يقرر ان تحديد الموطن معقود بالاختيار ، ومن هنا انتهى الى القول بأن معرفة القانون الواجب التطبيق تتوقف فى النهاية على ارادة الشخص .

قانوني *ressort juridique* تخضع للقانون السائد فيه ، كما أن محاكمه تختص بشأنها .

١٣٣ — ولكن ماهي العوامل *données* التي يرجع اليها لتحديد التركيز *localisation* ؟ هنا يظهر شيء من الارتباك في نظرية الأستاذ ، لأنه بعد أن أشار الى ضرورة اتباع القانون الروماني ، باعتباره قانونا عاما في كل أنحاء المسيحية ^(١) سمح باتباع بعض عوامل أخرى جعل لها الأرجحية ، وهي تتلخص في رغبة أصحاب المصلحة *la volonté des intéressés* ، والاختصاص القضائي العادي *la compétence judiciaire normale* . فتوطن الشخص في جهة معينة دليل على رغبته في الخضوع لقوانينها ^(٢) ، وكذلك اشتراط تنفيذ الالتزام في جهة ، معناه اتفاق المتعاقدين على تحكيم قانون هذه الجهة ، كما سأيينه حالا . ويجب أن نلاحظ ، مع ذلك ، أن مقتضى هذه النظرية جعل الاختصاص والقانون لمحكمة واحدة .

١٣٤ — فطريقة Savigny طريقة تحليلية *analytique* لأنها تقوم على تحليل العلائق القانونية . وقد رأينا في مقدمة هذا الكتاب كيف عرفها . فاذا ما هدانا التحليل الى معرفة مركز *assiette* هذه العلاقة أخضعناها لقانون هذا المركز . وقد بدأ الأستاذ بتقسيم العلائق القانونية الى أقسام ^(٣) لمعرفة مركزها . فقال ان العلائق

(١) أي اتباع ما يشير به من أحكام في هذا الصدد . وهي أحكام متعلقة بالاختصاص غالبا . وبين الاختصاص والقانون هنا علاقة وثيقة ، لأن أساس الاختصاص هو تركيز العلاقة ، وقد رأينا أنه ينبىء عن القانون أيضا . على أن تركيز العلاقة القانونية يتوقف على تحديد طبيعتها ، وتحديد طبيعتها معقود بآثارها . فالمكان الذي تنتج به الآثار هو مركز العلاقة القانونية . انظر Bartin . ١ . ١٦٢ . ١٦٣ .

(٢) وهذه هي فكرة الخضوع الاختياري *la soumission volontaire* . انظر Pillet-Niboyet . ٤١٢ .

(٣) وبوجد هنا شبه كبير بين طريقته وطريقة Bartole مع مراعاة فارق واحد ، وهو أن التقسيم هنا خاص بالعلائق لا بالقوانين .

المتعلقة بالحالة والأهلية مركزها موطن الشخص ، أو بعبارة أخرى تخضع لقانون موطنه ، والأموال منقولة أو عقارية مركزها موقعها ، أى تخضع لقانون موقعها *lex rei situs* ، أما الالتزامات فمركزها هو محل تنفيذها ، فتخضع لقانون هذا البلد والموارث والروابط العائلية الأخرى تتبع قانون الموطن وان تغير . وأما الشكل الخارجى للتصرف فانه يخضع لقانون الجهة التى تم فيها ^(١) .

١٣٥ — على أن Savigny قد أضاف قيدها ما الى تطبيق القوانين الأجنبية ، ومقتضى هذا القيد الأخذ بفكرة النظام العام ^(٢) *ordre public* أى انه اذا اقتضى النظام العام فى بلد القاضى ضرورة تطبيق قانون ذلك البلد ، فلا مناص من استبعاد تطبيق القانون الأجنبى ، كما اذا أباح القانون الأجنبى تعدد الزوجات ، أو وقوع الطلاق وكان قانون القاضى لا يبيحه فانه يؤخذ بهذا القانون الأخير .

١٣٦ — ويتبين لنا مما تقدم أن نظرية Savigny ذات صبغة عالمية *universelle* وأنها تضع الحلول مقدما *a priori* ^(٣) لمختلف مسائل تنازع القوانين ، وأنها اتبعت تقسيمات كثيرة ومختلفة كما رأينا عند Bartole ، ولهذا انتهالت عليها الانتقادات من كل حذب وصوب ، فقال عنها ناقد بأنها ليست نظرية بل مجرد طريقة *méthode* ^(٤) ، وسخر البعض من فكرة تركيز العلائق القانونية . فقرر بعدم وجودها أصلا ، وان القول بذلك ان هو الا اتباع لخيال واسع ، وجرى وراء غير المحسوس . وتساءل آخرون عن المركز القانونى للعلائق التبادلية ، وهل

(١) وقد وردت النصوص المتعلقة بقواعد تنازع القوانين فى مقدمة المجموعة الألمانية الصادرة فى سنة ١٨٩٦ وتجدها ملخصة فى مؤلف أبى هيف بك . ٢٦١ .

(٢) انظر بعده نظرية الأستاذ فى النظام العام .

(٣) ويفضل الأستاذ Arminjon أن لو تمسك Savigny بطريقة عكسية *a posteriori* . انظر مؤلفه . ١ . ٧٤ حيث يعيب على Savigny شدة تمسكه بفكرة الاشتراك القانونى رغبة فى توحيد قواعد تنازع القوانين ، ذلك التوحيد الذى يجب أن ينبنى على الاتفاق ، والاتفاق بدوره يقوم على التسامح المتبادل ، وهكذا تقرب من فكرة المجاملة !!

(٤) راجع Varielles-Sommières . ١ . ١٤٣ وما بعدها .

لها مركزان ؟ ! وكذلك قالوا ان العلائق القانونية يصعب تركيزها في محيط قانوني واحد ، اذ تنشأ في محيط وتصل بآخر ^(١) فكيف يمكن الترجيح بينهما ؟ ! أما تحديد طبيعة العلاقة القانونية فأمر قد يصعب ويدق . وليس أدل على ذلك من الخلاف القائم حول القانون الذي يحكم مسائل الأحوال الشخصية ، فالبعض يرى أن طبيعتها تخضعها لقانون الوطن ، كما أن آخرين رأوا وجوب إخضاعها لقانون الجنسية ^(٢) . ولكن رغم هذه الانتقادات فإن للنظرية أتباعا كثيرين حتى وقتنا ، وكان لها أثر محسوس في تكوين علم تنازع القوانين وآية ذلك بقاء اصطلاحات ^(٣) Savigny الى الآن يستعملها حتى من بالغوا في انتقاده كالأستاذ Arminjon ، وقد وصف النظرية بأنها غامضة وغير دقيقة وناقصة ^(٤) .

وظهر في المانيا بعد Savigny كتاب آخرون ، تأثروا بأفكاره ، وأشهرهم Bar و Zitelmann ^(٥) . اذ وضع كل منهما مؤلفا شاملا في القانون الدولي الخاص ، حاويا لنظرية جديدة بالاعتبار في تنازع القوانين ، وقد يكون في هاتين النظريتين بعض الشبه مع مقال به Savigny من قبل ، ولكن لكل منهما مميزات الخاصة بها .

المبحث التاسع

في

النظرية الايطالية الحديثة (القرن التاسع عشر)

١٣٧ — كان القرن التاسع عشر غنيا بنظريات تنازع القوانين ، فلم يفت الأمر عند ظهور نظرية Savigny السالفة بل وجدت نظرية أخرى

(١) كالشخص الذي يتصرف في أموال موجودة في بلد آخر متى تم التصرف في بلد غير البلد الذي ينتسب اليه ، فأى قانون يحكم التصرف ؟ وفي أى محيط قانوني يمكن تركيز العلاقة ؟

(٢) انظر Pillet-Niboyet . ٤١٢ .

(٣) rattachement, rapport de droit .

(٤) راجع مؤلفه . ١ . ٧٤ .

(٥) ويعتبر الكاتبان من كتاب القرن التاسع عشر . انظر Makarov . ٨٤ — ٨٥ .

في ايطاليا عرفت باسم مبدعها Mancini^(١) ، كي تحمل بدورها محل نظرية الأحوال القديمة ، ويسمى البعض بالنظرية الايطالية الحديثة ، تميزا لها عن النظرية الايطالية القديمة ، كما أنها تسمى باسم نظرية شخصية القوانين . وقد قال Mancini بنظريته في درسه الافتتاحي بجامعة تورين في سنة ١٨٥١ . وبدأها بالكلام على مبدأ الجنسيات كأساس للقانون الدولي العام الحديث . ويقضى هذا المبدأ بأن كل أمة nation متحدة في الجنس واللغة والمطامع والأفكار يمكنها أن تتحد فتصبح دولة . وكل دولة لا تقوم على هذا الأساس تعتبر دولة مستبدة معتدية . فالمبدأ كما هو ظاهر ذو وجهة سياسية ، اذ رمى به صاحبه الى الدفاع عن توحيد ايطاليا واستقلالها استقلالاً تاماً عن دولة النمسا . ولقد صادف هذا المبدأ هوى في نفوس الأوروبيين ، في ذلك العهد ، تبعاً لانتشار الأفكار الحديثة التي تقر حرية الشعوب . فتلقفه البلجيكيون بالترحاب ، اذ تغنى به Laurent^(٢) الشارح البلجيكي الكبير ، ولما كان لهذا الشارح احترام كبير في نفوس الفرنسيين فقدت اليهم نظرية Mancini وصادفت عندهم تأييداً فكان Weiss^(٣) من أشد أنصارها ، وكذلك Audinet^(٤) . وغنى عن البيان أن نتكلم عن ذيوها في ايطاليا .

١٣٨ - ولكن هذه النظرية التي بدأت سياسية انتهت فأصبحت نظرية قوية في تنازع القوانين . فقرر Mancini أنه في مسائل تنازع القوانين لا بد من الاعتماد على قانون الجنسية لحل جميع الصعوبات ، وعلى ذلك بأن الدولة إنما تضع

(١) وقد عاش من سنة ١٨١٧ الى سنة ١٨٨٨ ويظهر أن الأصول الأولى لنظريته ترجع الى مذكرة قدمها بمناسبة اجتماع معهد القانون الدولي في جنيف سنة ١٨٧٤ وتجدها منشورة في Clunet . ١٨٧٤ . ٢٢١ و ٢٨٥ . وانظر أيضا Bartin . ١ . ١٦٨ .

(٢) انظر مؤلفه . ١ . ٦٢٦ حيث يقول ان الأمم من عند الله Les nations sont de Dieu .

(٣) انظر مؤلفه المطول . ٣ . ٨٦ .

(٤) انظر مؤلفه . نبذة ٣٠١ و Sarville . ٤٢ وهامش ٣ .

قوانينها لأفرادها ورعاياها المقيمين فيها ، اذ يراعى المشرع حالة المناخ والوضع الجغرافى والعادات والآداب فى بلده ، وأن سيادة الدولة الشخصية على رعاياها ولو وجدوا فى الخارج أوسع نطاقا من سيادتها على اقليمها ، لذلك كان من الطبيعى أن تتبعهم هذه القوانين فى الخارج extra-territoriale^(١) ، لأن هذه القوانين قد عملت من أجلهم ، وروعى فى وضعها اعتبارات خاصة بهم ، فلا يمكن فى الأصل اذن السماح بتطبيق قوانين أجنبية على رعايا الدولة ، كما أنه لا يجوز تطبيق قوانين الدولة على الأجانب ، الا اذا وجدت علاقة كافية بين وجودهم وبين سيادة الدولة فى اقليمها ، تبرر تطبيق القانون الوطنى عليهم^(٢) فيجب اذن التوفيق بين السيادة الشخصية للقوانين الأجنبية والسيادة الإقليمية للقانون الوطنى . وظاهر أنه وفقا لهذه النظرية ، يحصل تطبيق القوانين الأجنبية لا بناء على فكرة المجاملة ، ولا بناء على فكرة العدالة تحقيقا لأغراض عملية بحثة لمصلحة الدولة ولمصلحة التجارة فيها ، وانما تطبق القوانين الأجنبية على الأشخاص الأجانب ، لأن هذا هو الوضع الطبيعى للأشياء . فبدأ شخصية القوانين مأخوذ به هنا ، وفى ذلك مخالفة صريحة لنظرية الأحوال ، وللنظريات الانجليزية لأنها تقول جميعا باقليمية القوانين بصفة أصلية ، وأن السماح بتطبيق القوانين الأجنبية انما يكون من قبيل الاستثناء ، وقد رأينا مقدار النجاح الذى أصابه قانون الموطن بناء على هذه الفكرة . ولكن النظرية الإيطالية الحديثة قلبت هذا الوضع ، وجعلت تطبيق قوانين الجنسية مبدأ أساسيا وأصليا وجعلت مبدأ اقليمية القوانين^(٣) فى المحل الثانى من الاعتبار . وهذا هو أهم ما تتميز به هذه النظرية .

(١) انظر Fillet-Niboyet . ٤٠٧ .

(٢) انظر Bartin . ١ . ١٧١ و Weiss . ٣٦٧ .

(٣) أى اتباع مبدأ Toutes lois sont nationales . انظر فى هذا الصدد مقالا للأستاذ

Lainé منشورا فى مجلة القانون الدولى الخاص . ١٩٠٥ . ٣٠ — ٣١ .

١٣٩ — ولكن Mancini لم يطلق في الأخذ بمبدأ شخصية القوانين ، بل وضع مبادئ أخرى بجانبه تقيد من تطبيقه ، ويمكن اعتبارها بمثابة استثناءات من المبدأ الأصلي وتتلخص فيما يلي :

أولا : وجوب احترام القوانين المتعلقة بالنظام العام *ordre public* ، فهذه القوانين اقليمية ، أى أنه يتحتم الأخذ بها ، وإهمال القوانين الأجنبية . وقد عرفوا هذه القوانين ، بأنها القوانين المتعلقة بالصالح العام أو صالح الدولة ^(١) *intérêt général ou de l'Etat* اجتماعيا كان أو اقتصاديا ، ومن أمثلتها القوانين العقارية أو المتعلقة بالمنقولات ، والقوانين الجنائية ، والنصوص المتعلقة بالقانون العام وقوانين البوليس والأمن أو الثقة العامة *crédit public* الخ . . . وظهر أن هذا المبدأ أو الاستثناء صعب التحديد .

ثانيا : وجوب احترام مبدأ كفاية الإرادة *autonomie de la volonté* بمعنى أنه في نطاق العقود والالتزامات لا بد من الأخذ بالقانون الذى يختاره الطرفان ، وقد رأينا أن هذا المبدأ كان معروفا من أيام Dumoulin .

ثالثا : وجوب الأخذ بقاعدة *Locus regit actum* ، وذلك فيما يتعلق بالشكل الخارجى *extrinsèque* للتصرفات القانونية . ومناط الأخذ بهذه القاعدة هو ضرورة مراعاة الاعتبارات العملية التى تقوم عليها ، وكونها قد أصبحت قاعدة تقليدية .

١٤٠ — وقد أثرت نظرية Mancini تأثيرا كبيرا في التشريعات الأوروبية ، فأخذ بها المشرع الإيطالى في سنة ١٨٦٦ ^(٢) والمشرع الاسباني

(١) انظر Bartin . ١ . ١٦٩ . إذ يقرر أن مسائل الأحوال الشخصية بعيدة عن هذا النطاق ، ومن ثم تخضع لحكم القانون الشخصى ، كما يدخل في حكمه العلائق العائلية وإن كان لها ارتباط بالمسائل المالية ، كنظام الأموال بين الزوجين والموارث .

(٢) ونورد هنا جانبا من قواعد تنازع القوانين المقررة في التشريع الإيطالى وقد وردت في المجموعة المدنية الإيطالية .

سنة ١٨٨٩ فأخضع لقانون الجنسية المواريث والهبات والوصايا ، وكذلك المنقولات . ويرى أن نطاق قانون الجنسية قد اتسع كثيرا عن ذي قبل ، كما أن قانون الموطن الذي كان متبعا فيما مضى في مسائل الأحوال الشخصية تنحى لقانون الجنسية^(١) . ويلاحظ ذلك في التشريع الألماني سنة ١٩٠٠ الذي عدل عن نظرية Savigny الألمانية فيمكننا القول اذن من هذه الوجهة ، أنه نظرا للاستثناءات التي أخذ بها Mancini ، ان قانون الجنسية لا يحكم كل العلائق القانونية للأفراد وانما يحكم فقط ما كان يعد فيما مضى ضمن الأحوال الشخصية مع شيء من التوسع .

= فنقرر المادة السادسة أن حالة الأشخاص وأهليتهم وعلائقهم العائلية محكومة بقانون الأمة التي ينسبون اليها .

وتقرر المادة السابعة أن المنقولات تخضع لقانون جنسية مالكيها بشرط أن لا يخالف قانون البلد الذي توجد فيه . وتخضع العقارات لقانون موقعها .

وتقرر المادة الثامنة أن الحكم في الموارث والوصايا ، من حيث ترتيب الولاية ، ونصيب كل منهم وصحة الوصية موضوعا يكون وفقا لقانون جنسية المتوفى أو الموصى مهبا كانت صفة الأموال وبغض النظر عن قانون موقعها .

وتقرر المادة التاسعة أن شكل التصرفات الحاصلة بين الأحياء والمضافة الى ما بعد الموت خاضع لقانون البلد الذي أبرمت فيه . ومع ذلك يجوز للمتصرفين أن يراعوا قانون جنسيتهم اذا اتحدوا في الجنسية .

وتقرر المادة ١١ أن القوانين الجنائية وقوانين البوليس والأمن تسرى على كل من يوجد في إيطاليا .

وتنص المادة ١٢ أنه لا يعمل بأحكام القوانين الأجنبية اذا خالفت نطاق النصوص الناهية lois prohibitives الإيطالية ، أي النصوص المتعلقة بالنظام العام أو بالآداب .

تراجع بقية النصوص في مؤلف أبي هيف بك ٢٦٠—٢٦١— وظاهر أن المشرع الإيطالي قد تأثر بنظرية Mancini وأنه كان أكثر ايضاحا وانسجاما من المشرع الفرنسي كما رأيناه في مادته الثالثة . ويراجع بحث Diena . مجموعة أكاديمية لاهاي ١٩٢٨ . ١٧ . وبحث Udina المنشور في موسوعات Répertoire القانون الدولي . ٦ . ومؤلف Anzilotti « عناصر القانون الدولي الخاص » سنة ١٩٣٠ ومؤلف Cavagliari « دروس القانون الدولي الخاص » سنة ١٩٣٣ .

(١) كما أنه يلاحظ ان الجنسية وفقا لهذه النظرية قد أصبحت أساسا للقانون الدولي العام

وكذلك للقانون الدولي الخاص . انظر Bartin . ١ . ١٧٠ .

ولقد أثرت نظرية Mancini أيضا في اتفاقات لاهاي ، اذ كثيرا ما رجعت الى قانون الجنسية ، للقول بتطبيقه في مسائل تنازع القوانين . وعلى هذا تصبح سلطة القانون خارج الاقليم مؤيدة بالاتفاقات الدولية بدلا من قيامها فقط على قوة النظرية في ذاتها .

١٤١ — ولم تقلت هذه النظرية من الانتقادات ، فقد قالوا عن مبدئها الأساسي أنه خاطيء ، لأنه يغلب السيادة الشخصية على السيادة الاقليمية ، فالدولة في الوقت الحاضر تقوم بصفة أصلية على الاقليم^(١) . ومن المحتمل وجود أشخاص متحدين في الجنسية واللغة ولكن لا يكونون دولة (كالأرمن) فأى قانون يطبق عليهم ؟ وكذلك توجد هناك أقليات عدة في ممالك أوروبا ، ومع ذلك فان لهم جنسية لا تتفق مع مشاعرهم ، فهل يطبق عليهم مع ذلك قانون هذه الجنسية ؟ وقد تنبه Mancini لهذه النقطة الأخيرة . فعند وضع التشريع الايطالى قرر تطبيق قانون الأمة la loi de la nation التابع لها الشخص ، ولم يقرر اتباع قانون جنسيته nationalité (المادة ٦) ودافع عن ضرورة وجود النص كما هو رغبة في تشجيع مبدأ الجنسيات^(٢) . وظاهر أن Mancini نظر الى الجنسية من وجهتها الشخصية ، لامن وجهتها الموضوعية كملاقة قانونية^(٣) . والواقع أن نظرية Mancini متفقة مع المذنبات القديمة المتبررة ، عندما كانت الدولة تملئ سلطاتها فقط على رعاياها التابعين اليها دون غيرهم ، أما الآن فان الدولة تمارس سلطاتها وسيادتها على كل القطن في اقليمها ، فتغلب السيادة الشخصية على السيادة الاقليمية لا يخلو من المبالغة^(٤) .

ومن الجهة الأخرى ، فإن الاستثناءات التى قال بها Mancini من

(١) انظر Arminjon . ١ . ٧٦ .

(٢) انظر Pillet-Niboyet . ٤٠٨ .

(٣) انظر بعده كتاب « الجنسية » فى هذا المؤلف . ويعتقد الأستاذ Bartin ان هذه النظرية جديدة بأن تصدر عن خطيب لا عن قانونى . انظر مؤلفه . ١ . ١٦٩ و ١٧٣ .

(٤) قارن Neumeyer . ١ . ٤٠١ .

شأنها أن تقضى على المبدأ فى ذاته ، لأن نطاقها واسع غير محدود . فما هى القوانين التى تعتبر من النظام العام ؟ ولم تعتبر هذه القوانين استثنائية ؟ ألا يمكن القول بأن اقليمية هذه القوانين أساسها تطبيق مبدأ رئيسى لا استثنائى ، كما هى الحال فى العقارات ، اذ من المقرر خضوعها لقانون محلها ، لا عن طريق الاستثناء بل عن طريق المبدأ ^(١) .

وعلى العموم فإننا اذا أخذنا بهذه الاستثناءات الثلاثة ، فإننا نقلب المبدأ الأصلى رأسا على عقب ، كما أنه سيكون من المتعذر تحديد نطاق تطبيق المبدأ الرئيسى ، وهو مبدأ شخصية القوانين .

١٤٢ — بقى علينا بعد ما تقدم ملاحظتان مكملتان :

أما الملاحظة الأولى — فتتلخص فى أن Mancini قد وضع نظرية doctrine بالمعنى الحقيقى . أما Savigny فإنه وضع نظاما système ، لذلك أتى بتطبيقات لا نجدها عند Mancini فى نظريته . على أن الكاتبين يتماثلان من ناحية اعطائهما لأفكارهما صبغة عالمية جامعة ، اذ رغب كل منهما فى أن يأخذ بنظريته المشرعون المختلفون ، ولكن مع ذلك تختلف العلة عند كل ، فعند Mancini العلة سياسية قبل أن تكون قانونية ، كما رأينا عند كلامه على مبدأ الجنسيات ^(٢) . وأما عند Savigny فإن العلة قانونية ودينية ، اذ يقول بتعميم نظامه عند الأمم ذات المدنية المسيحية ، التى تأخذ بالقانون الرومانى ، باعتباره قانونا عالميا مطبقا فى كل العالم اللاتينى على الأقل .

(١) انظر Pillet-Niboyet . ٤٠٩ و Arminjon . ١ . ٨٢ حيث يلاحظ أن النظرية سكنت عن الحكم فى حالة اختلاف الجنسية بين طرفى العلاقة القانونية ، كعلاقة قاصر ووصى مثلا ، فوفقا لقانون جنسية أيهما تتحدد سلطة الوصى ؟

(٢) ومن هنا يظهر ان Mancini قد اعتبر القانون الدولى الخاص قرعا من القانون الدولى العام . انظر Bartin . ١ . ١٦٨ .

والملاحظة الثانية — أن هناك اختلافا في الطريقة *méthode* بين نظرية Mancini ونظرية Savigny ، فطريقة النظرية الأولى هي وضع نظام *systematique* ومبادئ عامة تطبق على العلائق القانونية ذات العنصر الأجنبي ، أما طريقة النظرية الثانية ، فهي طريقة تحليلية *analytique* مدارها تحليل العلاقة القانونية لمعرفة طبيعتها ، فإذا ما وقفنا عليها أمكننا معرفة القانون الذي تخضع له ، فالطريقة الثانية تترك مجالا كبيرا لتقدير القاضي وتأثره ، أو ما يسمى بالفرنسية *impressionisme juridique* ، بخلاف الطريقة الأولى فإن عمل القاضي يقف عند حد تطبيق المبادئ التي تقول بها .

الفصل الثاني

المبادئ العامة

في

تنازع القوانين في مصر

المبحث الأول

في

النصوص التشريعية وتحليلها

١٤٣ — للوقوف على قواعد تنازع القوانين التي تطبقها المحاكم في مصر، يجب أن نرجع أولا الى النصوص التشريعية المصرية . وأغلب هذه النصوص موجود في المجموعة المدنية المختلطة التي صدرت في سنة ١٨٧٥ ، ولها في كثير من الأحيان نظير في المجموعة المدنية الأهلية التي صدرت في سنة ١٨٨٣ ، ومع ذلك فان هذه النصوص الأخيرة أقل أهمية من الأولى . وترجع العلة الى أن حظ المحاكم المصرية (الأهلية) في نظر القضايا ذات العنصر الأجنبي ضئيل . وفي هذا ما يفسر لنا ، أيضا ، ورود هذه النصوص فاصلة فقط فيما يسمى بتنازع القوانين المحلي (الداخلي) ، أي فاصلة في التنازع الحاصل بين تشريعات محلية ، تعتبر مصرية بحتة . فاذا كان التنازع حاصلًا مع قانون أجنبي فتجوز المحاكم المختلطة عادة على الأفراد بالاختصاص ومن ثم تطبق تشريعها^(١) .

والتشريع المختلط كسائر التشريعات الحديثة يحوى نوعين من القواعد القانونية . النوع الأول ، القواعد الموضوعية التي يرجع اليها للفصل موضوعيا

(١) راجع قبله بند ٨ .

ومباشرة في العلائق القانونية التي تخضع لسلطانه متى كان التصرف مالياً تم في مصر بين أشخاص مختلفي الجنسية^(١) ، وعلى الأخص اذا كان أحدهم منتسباً^(٢) الى دولة من الدول صاحبات الامتيازات . والنوع الثاني ، قواعد تنازع القوانين التي قد تشير بتطبيق القوانين الأجنبية فيما عدا النطاق السالف ، أى في العلائق القانونية التي لم ترد بشأنها قواعد موضوعية مختلطة لحكمها . فاذا ما عرضت مسألة من مسائل تنازع القوانين أمام المحاكم المختلطة ، فالقوانين المتنازعة في الغالب ، تشريعات أجنبية بحتة ، لا يزاحمها في العادة التشريع المختلط ، الذي كان من الطبيعي أن يأتي خلواً من نصوص فاصلة في مسائل الأحوال الشخصية .

١٤٤ — والنصوص التشريعية المصرية في تنازع القوانين حديثة العهد^(٣) ضئيلة العدد ، كما أن بعضها يخلط بين الاختصاص التشريعي والاختصاص القضائي ، وقد رأينا أهمية التفرقة بينهما . فمن هذه المواد ما يفيد ظاهره أنه قد جاء لتنظيم الاختصاص ، مع أنه لا نزاع في كونه يحدد أيضاً القانون الواجب التطبيق . وأقصد بذلك الإشارة الى المادة ٤ من المجموعة المدنية المختلطة اذ تقول « المسائل المتعلقة بالحالة والأهلية للتصرف والمتعلقة بالنظام الخاص للزواج *statut matrimonial* وبالحقوق الآيلة بالارث أو بالوصية ، والمتعلقة بالوصايا تبقى من خصائص *de la compétence* القاضى المنوط به الحكم في الأحوال الشخصية *juge de statut personnel* ، ومتى قدم دفع من هذا القبيل أثناء النظر في قضية ، ورأت المحاكم لزوم الفصل في الدفع مقدماً ، وجب عليها تأخير الحكم في الموضوع الأصلي *ils devront surseoir* وتحديد ميعاد *fixer un*

(١) هذا اذا لم يكن النزاع متعلقاً بالعقار ، فتختص المحاكم المختلطة ، ولو كانت الدعوى مرفوعة بين أجنبى متحدى الجنسية . المادة التاسعة من لائحة ترتيب المحاكم المختلطة .

(٢) وأقصد بذلك الإشارة الى أولئك الأشخاص الذين يتمتعون بحماية دولة أجنبية .

(٣) وسنفرّد مبحثاً على حدة لما كان متبعاً في هذا الصدد قبل نظام الاصلاح . انظر المبحث الثاني من هذا الفصل .

délai للخصم الذي أقيم عليه الدفع ليحصل فيه على حكم نهائي من القاضي المختص . وان لم تر لزوما لذلك تصرف النظر عنه وتحكم في الموضوع ^(١) . وهذه المادة في شقها الأول مستمدة من المادة ٣/٣ فرنسي ، وظاهر منها أن المشرع المصري أراد قصر الاصلاح الذي جاء به على العلائق المالية ، أما علائق الأحوال الشخصية فتبقى خاضعة للنظام القديم ، الذي لا يعرف تفرقة بين الاختصاص القضائي والاختصاص التشريعي . فالتلازم بين الاختصاص والقانون الواجب التطبيق ، ما زال موجودا رغم صدور المجموعة القانونية ، ولو أن نطاقه مقصور على مسائل الأحوال الشخصية . وليس لهذه المادة مقابل في التشريع الأهلي .

وتقرر المادة ٧٧ مدني مختلط « يكون الحكم في المواريث على حسب شرائع الأمة d'après les lois de la nation التابع لها المتوفى — أما حق الارث في منفعة الأموال الموقوفة أو في منفعة الأراضي الخراجية فتتبع فيه أحكام الشريعة المحلية loi locale » .

وهذا النص يقابل نص المادة ٥٤ مدني أهلي مع ملاحظة أن الحكم هنا يكون على حسب المقرر في الأحوال الشخصية الخاصة بالملة التابع لها المتوفى d'après le statut personnel du défunt . ويهمني هنا أن أوجه النظر الى أن المشرع المصري قد استعمل في النص المختلط عبارة nation كما فعل ذلك المشرع الايطالي من قبل . وعلى ذلك يمكننا أن نقرر أن هذه المادة مستمدة من التشريع الايطالي الذي تأثر بنظرية Mancini . هذا في شقها الأول ، أما الشق الثاني فيرجع فيه الى ما هو متبع في مصر قبل نظام الاصلاح . أما النص الأهلي في نسخته العربية فقد أشار صراحة باتباع أحكام قانون ملة المتوفى

(١) انظر ترجمة قوانين المحاكم المختلطة لوضعها محمد كامل مرسي بك وسيد مصطفي بك ٣٧ والمادة في شطرها الثاني لا تقرر قاعدة اسناد ، وإنما تقرر قاعدة متعلقة بالتنظيم القضائي أي قاعدة اختصاص خاص compétence spéciale .

lex religiosa ، ولكن المشرع استعمل في النسخة الفرنسية عبارة statut personnel للدلالة على قانون الملة . وهو استعمال قد يبدو غريبا ، لأن اصطلاح statut personnel في أصله لا يقصد به قانون الديانة كما رأينا عند الكلام في نظرية الأحوال ، بل يقصد به مجموعة المبادئ والقواعد القانونية التي تنظم حالة الشخص وأهليته . وعلى أى الأحوال فالظاهر من النص ضرورة اتباع أحكام قانون الديانة فيما يتعلق بالمواريث ، وذلك باعتبار أن المواريث ملحقه بالأحوال الشخصية ، إذ سيطبق عليها نفس القانون الذي يطبق على هذه الأخيرة . وفي هذا من التوسع ما لا يخفى ، وسأعود الى هذه النقطة مرة أخرى .

وتقرر المادة ٧٨ مدني مختلط « وكذلك تراعى في أهلية الموصى لعمل الوصية وفي صيغتها la forme الأحكام المقررة لذلك في قانون جنسية la loi de la nationalité الموصى » .

أما الأحكام المتعلقة بفسخ الملكية في الأموال الثابتة بسبب الاختلال بالقدر المقرر للورثة légitime réserve أو تجاوز الموصى للنصاب الجائز التبرع به quotité disponible أو نحو ذلك etc فلا تضر بحقوق من انتقلت اليهم الملكية ولا بحقوق الدائنين المرتهنين الحسنى النية ^(١) .

وهذا النص يقابل نص المادة ٥٥ أهلى مع ملاحظة أنه هنا يلزم اتباع الأحكام المقررة في الأحوال الشخصية الخاصة بالملة التابع لها الموصى . d'après le statut personnel du testateur . كما أنه لم توجد في البداية فقرة ثانية مقابلة للفقرة الثانية من المادة المختلطة . وعلة ذلك أن المشرع المختلط رعى بوضع فقرته الى حماية الدائنين الأجانب على الأخص . ولقد راقى هذه الحماية في نظر المشرع الأهلى فأدخلها بتشريع خاص في سنة ١٩٣٣ .

والنصوص التشريعية بشأن الوصايا متجانسة تماما مع النصوص الواردة

(١) وهذه هي الترجمة التي نضعها للفقرة الثانية من المادة ٧٨ . وقد وضعت تراجم أخرى لا نقرأها ، لا فيها من خلط بين معنى اصطلاحى légitime réserve و quotité disponible .

بشأن المواريث اذ تخضعها لنفس الأحكام ، ما عدا الحكم الاستثنائي الوارد بشأن فسخ ملكية العقارات الموصى بها ، وتأثير ذلك في حقوق الغير الحسنى النية . وهذا الاستثناء لا نظير له في التشريعات الأوروبية ، فهو من مبتكرات المشرع المصري . وسنعود الى هذه المسألة بايضاح واف فيما بعد .

وتقرر المادة ١٣٠ مدنى مختلط « تخضع الأهلية المقيدة أو المطلقة لحكم قانون الجنسية التى ينتسب اليها العاقد » .

وتقابل هذه المادة فى التشريع الأهلى المادة ١٩٠ « الحكم فى الأهلية المقيدة والمطلقة يكون على مقتضى الأحوال الشخصية المختصة بالملة التابع لها العاقد » .

والمادتان كما هو ظاهر متطابقتان مع استبدال قانون الجنسية بقانون الديانة فى التشريع الأهلى .

ويلحق بالنصين السابقين ، ما ورد فى المجموعة التجارية بشأن الأهلية التجارية ، إذ تقرر المادة ١٠ تجارى مختلط « يسوغ لمن بلغ سنه احدى وعشرين سنة كاملة أن يشتغل بالتجارة ، وأما من يبلغ سنه ثمانى عشر سنة كاملة وكان قانون أحوال الشخصية يقضى بأنه قاصر فلا يجوز أن يتجر الا بحسب الشروط المقررة فيه ، وأما اذا كان القانون المذكور يقضى برشده فلا يتجر الا باذن من المحكمة التجارية » .

وتماثلها تماما المادة ٤ تجارى أهلى .

وتقرر المادة ٦٨١ مدنى مختلط انه « لا يعتبر رهن العقار hypothèque الا اذا كان بموجب عقد رسمى محرر فى أحد أقلام المحاكم المختلطة بين الدائن ومالك العقار المرهون تأمينا لوفاء الدين » .

وتماثلها تماما المادة ٥٥٧ مدنى أهلى .

وتعتبر هذه المادة استثناء من قاعدة Locus regit actum . فكل الرهون التأمينية التى يكون موضوعها عقارات مصرية يجب أن تتم فى مصر على الوجه السالف .

ويقرر نص المادة ١٠ مدني مختلط في فقرته الأولى أن « قوانين البوليس والأمن les lois de police et de sûreté تسرى على كل القاطنين في الاقليم » وهذه المادة مأخوذة من نص المادة ٣ مدني فرنسي في فقرتها الأولى . وليس لها مقابل في المجموعة المدنية الأهلية ، وعلة ذلك أن القوانين الأهلية محدودة التطبيق ، فلا تسرى على الأجانب الممتازين ، بخلاف المجموعة المختلطة فتطبقها شامل لكل السكان . ولهذا كان في الامكان الاكتفاء بالنص المختلط في هذا الصدد .

ولا يتبقى من النصوص ، سوى النص الوارد في القانون العثماني الصادر في ١٦ يونيه سنة ١٨٦٧ والمعروف باسم لأئحة ٧ صفر سنة ١٢٨٤ ويقول : « انه يحق للأجانب تملك العقارات في سائر أنحاء الامبراطورية العثمانية ، ماعدا أراضى الحجاز المقدسة ، بشرط أن يخضعوا للقوانين واللوائح التى يخضع لها العثمانيون فى المسائل العقارية » وفى النص الفرنسى : En se soumettant aux lois et réglemens qui régissent les sujets ottomans eux-mêmes^(١) .

وهذا النص سار فى مصر الآن باعتباره تشريعا مصريا قبلته الدول عن طريق التعاقد مع الامبراطورية العثمانية . ولم يأت فى التشريعين المختلط والأهلى ما يخالفه . والمستفاد منه أن العقارات المصرية تخضع للقوانين المصرية بغض النظر عن جنسية مالكيها .

تلك هى القواعد التشريعية المصرية بشأن تنازع القوانين . وظاهر أنها لا تتجاوز أصابع اليد ، لذلك كانت مهمة الحاكم عسيرة فى تكملتها . ويلحق بالقواعد التشريعية القواعد الواردة فى المعاهدات ، وسنعرض لها فى حينها ، لأنها فى الواقع نصوص خاصة ، أى متعلقة بموضوعات معينة ، وليست عامة التطبيق كالنصوص التشريعية السالفة .

(١) والنص الكامل منشور فى كتاب Young . ٧ . ٣٤١ — ٣٤٥ . وسنعود الى هذه المسألة بايضاح واف فيما بعد . انظر أيضا كتاب Scott . ١٢٤ .

١٤٥ - والواقع أن النصوص التشريعية المصرية يحوط بها الغموض ، وذلك علاوة على ما فيها من نقص ظاهر . ونظرة سريعة الى النصوص السالفة تثبت لنا ، ما تقدم ، بجلاء . فاذا تأملنا في المادة الرابعة ، وهي المادة الرئيسية التي وضعت المبادئ الأساسية بصفة عامة ، وجدنا أنها لا تنص صراحة على القانون الواجب التطبيق فيما ذكرته من مسائل ، بل اكتفت بتحديد الاختصاص . ومع ذلك فقد رأينا أنه نظرا للتلازم بين الاختصاص التشريعي والقضائي في مصر ، يمكننا أن نعتبر هذه المادة مقررة للقانون الواجب التطبيق ، وذلك بطريقة ضمنية . فالحاكم المختلطة اذا ما قضت في هذه المسائل في حالة عدم ايقافها للدعوى ، لعدم ضرورة ذلك ، فانها تطبق قانون الجنسية بالنسبة للأجانب ، وقانون الديانة بالنسبة للمصريين ، اذ من الواجب عليها أن تقضى كما يقضى قاضى الأحوال الشخصية لو عرض الأمر عليه ^(١) . ومن المعلوم أن قاضى الأحوال الشخصية في مصر ، هو القاضى القنصلى بالنسبة لرعايا الدول المتمتعة بالامتيازات ، والقاضى الدينى بالنسبة للمصريين ، أما الأجانب غير الممتازين فقاضيتهم في ديارهم ! ! وأما الأشخاص الذين لا جنسية لهم ، فلا يعرف لهم بالضبط قاض للأحوال الشخصية ، وان كانت المحاكم المختلطة قد نصبت من نفسها قاضيا في هذه المسائل ^(٢) ، متخطية بذلك نصوص لأئحة ترتيبها ! ! .

ولكن ما هي هذه المسائل التي يفصل فيها قاضى الأحوال الشخصية ؟ في النص اضطراب ظاهر ، اذ بدأ بذكر الحالة ، ثم عطف عليها مسائل الأهلية والنظام الخاص بالزواج والميراث . . . الخ .

فهل قصد بذلك ضرب الأمثال أو قصر الأحوال ؟ من المتفق عليه فقها وقضاء ، أن هذه المسائل وردت على سبيل المثال ، ومن ثم تدخل في اختصاص قاضى الأحوال الشخصية ، مسائل أخرى لم يذكرها النص ، ومنها مسائل الأوقاف

(١) وهذه نقطة هامة وتظهر أهميتها عند ما ندرس نظرية الاحالة Renvoi .

(٢) وذلك بالنسبة للروس اللاجئين . ويلحق بهؤلاء الأشخاص الذين لا ينتمون الى دين

مبين les libres penseurs .

والهبة والوصية بمال معين legs^(١). كما أنه من المتفق عليه أيضا أن بعض المسائل التي وردت في النص تدخل في اختصاص القاضي المدني، إذا كان النزاع له صبغة مالية بحتة، كمن يطالب بتثبيت ملكيته لنصيبه في ميراث المتوفى، فانه يرفع دعواه أمام المحاكم المدنية. وقصارى القول ان النص لم يضع مقياسا يرجع اليه للفرقة بين ما يدخل في اختصاص قاضي الأحوال الشخصية، وما يخرج عنه، والبحث عن هذا المقياس عقدة العقد^(٢). ومع ذلك فانه لا يوضح الأمور، يجب أن نرجع الى المصدر التشريعي للنص السالف، أو بعبارة أخرى، يجب الرجوع الى التشريع الفرنسي مكملا بأقوال فقهاءه وأحكام محاكمه^(٣)، كما يجب من جهة أخرى الرجوع الى أحكام النظام الذي كان سائدا قبل الاصلاح لمعرفة ما بقي، أو ماترك لقاضي الأحوال الشخصية.

ومن أهم المسائل التي وردت بالنص، مسألة الأهلية. وقد أفرد لها المشرع بعد ذلك نصا خاصا هو المادة ١٣٠/١٩٠ م. ا. م. وإذا رجعنا الى هذا النص، وجدنا أنه لا يعرف لنا المراد بالأهلية، المقيدة والمطلقة، وهل يقصد بها الأهلية العامة والأهلية الخاصة، كما رأينا عند D'Argentré؟ كل ذلك لا اجابة عنه.

ولا شك أنه وفقا للنص السالف يدخل الزواج ضمن المسائل المتعلقة بالحالة، ومن ثم يخضع لاختصاص قاضي الأحوال الشخصية، الذي يطبق قانونه، هذا اذا كان الزوجان متحدى الجنسية. ولكن اذا فرض واختلفا جنسية، فماذا يكون الحل؟ وما هو القانون الذي يحكم آثار الزواج؟ وهنا سكت النص سكوتا تاما. كذلك استفاد من نص المادة الرابعة ضرورة تطبيق قانون الجنسية أو الديانة على

(١) وقد ورد النص بشأنها في المادة ٧٨/٥٥ م. ا. م. وتجب التفرقة بين اصطلاحى

Testament و legs راجع Planiol . ٣ . ٦١٢ .

(٢) راجع رسالة الدكتور بنداى السابق الاشارة اليها .

(٣) راجع مقالنا « المحاكم الأهلية والأحوال الشخصية » . ٧٩٣ .

حسب الأحوال في المسائل المتعلقة بالنظام المالى للزوجين^(١) . وأساس ذلك أن النظام المالى للزوجين ، إنما هو في الواقع نتيجة من نتائج الزواج ، ومن ثم يخضع لنفس القانون الذى يخضع له هذا الأخير ، ولكن من الجهة الأخرى ، فإنه من المقرر عند قضاة الأحوال الشخصية الأجانب^(٢) أن مشارطات الزواج تخضع في بعض الأحيان للقانون الذى يختاره الطرفان . فكون النظام المالى للزوجين نتيجة من نتائج الزواج لا يمنع مطلقا من الاتفاق على تنظيمه وفقا لأحكام قانون آخر خلاف القانون الذى يحكم الزواج . فاذا أخذنا بهذا الرأى فانا ننتهى الى القول بأن نص المادة الرابعة من هذه الناحية ليس نصا آمرا impératif ولكنه نص مخير facultatif . ولم يرد في المادة ما يشير الى ذلك مطلقا .

فاذا انتقلنا في مسألة المواريث ، وجدنا أن المشرع المصرى قد قضى فيها بحكم يخالف في كثير من الأحيان ما يتبع عند قضاة الأحوال الشخصية الأجانب . فالمشرع المصرى يرى اخضاع المواريث لقانون الجنسية بالنسبة للأجانب سواء كانت الأموال منقولة أو عقارية ، ولكن قضاة الأحوال الشخصية ، وفقا لتشريعاتهم ، يجعلون في الغالب ، الميراث في العقارات خاضعا لأحكام قانون الموقع . فاذا ما أصر القاضى المصرى على تطبيق قانون الجنسية في توريث عقارات موجودة في بلد خلاف البلد الذى ينتسب اليه المتوفى ، فإنه لا يقضى وفقا لما يقضى به قاضى الأحوال الشخصية ، وإنما يطبق في الوقت نفسه التشريع المصرى ، في اعتقادنا ، تطبيقا صحيحا . والواقع أن المواريث ملحقة بالأحوال الشخصية ، من ناحية علاقة الأبوة والقرابة régime de parenté ، ولكنها تتصل في الوقت نفسه بنظام الأموال régime des biens . والخلاصة أن نص المادة الرابعة من هذه الوجهة غامض ، وعلى الأخص اذا أضفنا ، الى ما تقدم

(١) هذه المسألة لا توضع أصلا بالنسبة للمسلمين المصريين ، وإنما يصبح أن توضع بالنسبة لليهود منهم .

(٢) من المقرر أن القاضى المختلط يقضى كما كانوا يقضون هم ، لو عرض الأمر عليهم .

أن أغلب التشريعات تجعل الميراث في المنقولات خاضعا لقانون موطن المتوفى لا لقانون جنسيته . ولم تأت المادة ٧٧/٥٤ م . ا . م . في هذا الصدد بأكثر مما أتت به المادة الرابعة ، ماعدا الاستثناء الخاص بمنفعة الأموال الموقوفة أو منفعة الأراضى الخارجية ، وهو استثناء أملت اعتبارات خاصة ، مبنها ضرورة اتباع نظام الأموال الذى كان سائدا قبل نظام الاصلاح فى الحدود السالفة .

وفى الوصية اكتفى المشرع باخضاع أهلية الموصى وشكل الوصية لقانون الجنسية ، فإذا يكون الحكم بالنسبة لشروط صحة الوصية الأخرى ، وأى قانون يجب اتباعه ؟ وهل معنى اخضاع شكل الوصية لقانون الجنسية اعتبار الوصية باطلة شكلا اذا تمت وفقا للشكل المحلى ، أى وفقا للشكل المقرر فى البلد الذى تمت فيه ؟ هذه أيضا مسألة لا تجد اجابة . ونسارع الى القول بأن القضاء يقول بصحتها تطبيقا لقاعدة *Locus regit actum* ولكن هل قضى بذلك باعتبار أن المشرع المصرى يقر القاعدة ، وان لم يرد ذكرها صراحة فى نصوصه ، أولأن هذا هو مايقضى به قاضى الأحوال الشخصية لو عرض الأمر عليه ؟ هذا ماسنراه فيما بعد . على أنه من الجهة الأخرى ، يمكن القول بأن نص المادة آمر من ناحية الشكل أيضا أسوة بالأهلية لأن الشكل هنا يقصد به حماية الارادة - *protection de la volonté* فيخضع لنفس القانون ^(١) . وقد قلنا ان القضاء أخذ بالرأى العكسى .

فالخلاصة اذن أن المادة الرابعة عامة ، وأن المواد التى أسلفناها تعتبر تطبيقات خاصة لها ، وأنها مستمدة من التشريع الفرنسى ، وعلى الأخص من المادة ٣/٣ التى يفسرها القضاء الفرنسى ، نظرا لايجازها ، تفسيراً قد لا تحتمله ألفاظها ، مهتديا بنص المادة السادسة من التشريع الايطالى ^(٢) .

١٤٦ — واذا تركنا النصوص التشريعية المتعلقة بالأشخاص ، الى النصوص التشريعية المتعلقة بالأموال ، فانا لا نجد سوى نص لأئحة ٧ صفر سنة

(١) انظر *Bartin* . ١ . ١٧٧٠ .

(٢) انظر *Bartin* . ١ . ١٧٧٠ .

١٢٨٤ . أما المجموعات المختلطة والأهلية فخالية من أية إشارة الى القانون الذي يحكم الأموال . ومع ذلك فمن المقرر وجوب اتباع التشريع المصرى لحكم العقارات المصرية ، ولكن الى أى حد يؤخذ به ؟ ألا نجد استثناءات فى النصوص السالفة بشأن الأهلية والموارث والوصايا . الخ . والظاهر هنا وجوب تطبيق التشريع المصرى فى كل ما يتعلق بنظام الملكية régime de la propriété ، وذلك لأسباب مقتضاها ضرورة الطمأنينة فى المعاملات ^(١) . وعلى أى الأحوال فمن المقرر حتى اليوم صعوبة الوقوف على القوانين العقارية التى تسرى على الأجانب خصوصا اذا كان من شأنها الاتيان بقيود لحق الملكية .

وتضرب المادة ١٠ م . م . فى الغموض بسهم وافر ، اذ لا يعرف كيف تتحدد قوانين البوليس والأمن ، فيقولون ان قوانين البوليس هى القوانين المتعلقة بالنظام العام ordre public وتحديد المراد بالنظام العام من أكبر المشكلات فى القانون الدولى الخاص . ويقولون ان قوانين الأمن هى القوانين الجنائية ، ولكن هل تسرى القوانين الجنائية على كل القاطنين فى مصر ؟ أولا توجد المحاكم القنصلية ؟ وذهبوا الى أن الأمن انما يقصد به الأمن المدنى ^(٢) police civile .

ولكن متى يعتبر القانون متعلقا بالأمن المدنى فحسب ؟ هذا ما اختلفت فى شأنه المحاكم فى مصر . وآية ذلك الخلاف بشأن قانون ٢٢ فبراير سنة ١٨٩٤ المعروف باسم لأئحة الترع والجسور ، وهل يسرى على الأجانب باعتباره داخلا ضمن تلك القوانين أولا ؟

(١) قارن Bartin . ١ . ١٨٠ .

(٢) انظر موجز دالوز . ٢٢٧ . حيث تجد أمثلة كثيرة لقوانين الأمن المدنى ، فمنها قديما القوانين المانعة لتصدير القمح ، والمانعة من التصرف فى العقارات لمصلحة الأجانب ، وفى الوقت الحاضر القوانين المنظمة للعمل ، أو الأنظمة القانونية الخاصة بناقضى الأهلية ، وسلطان العائلة عليهم .

أما المنقولات المادية فلم يرد بشأنها نص أصلا ، لأصراحة ولا ضمنا ، فلاشئ قانون تخضع ؟ من الطبيعي أن تثير هذه المسألة الخلاف في بلد ما زالت تسود فيه الامتيازات الأجنبية . ولا شك أن الصعوبة أكثر بالنسبة للمنقولات المعنوية لأن للمنقولات المادية موقعا ، فمن الممكن القول باخضاعها لقانون موقعها ، ولكن ماذا يكون الحكم بالنسبة للمنقولات المعنوية ؟

ومن مظاهر النقص الظاهر في نظام تنازع القوانين المصري ، السكوت عن تقرير قاعدة *Locus regit actum* ، اذ لم يرد في هذا الصدد سوى نص المادة ٦٨١/٥٥٧ م . ١٠ م . الذى يمكن أن يعتبر مقررا لها بصفة ضمنية . فاذا قلنا بذلك ، فاننا تفصل بطريقة قاطعة في الخلاف الذى أشرنا اليه عند كلامنا في مسألة الوصية .

كما أنه لم يأت في النصوص السالفة حكم بشأن القانون الذى يحكم التصرفات القانونية *actes juridiques* على العموم . فالتصرفات التى ترتب عليها علائق مالية ، لا يعرف الى أى قانون تخضع . وقد عرفنا ، أنه منذ أيام *Dumoulin* ، قد تقرر خضوعها لقانون ارادة المتعاقدين ، وما زال هذا المبدأ متبعا حتى اليوم تحت اسم مبدأ كفاية الارادة ، وهو مطبق في العلائق القانونية الوطنية وفي العلائق ذات العنصر الأجنبي ، في كل من النطاقين ، بقيود وضوابط تكفل القضاء ببيانها وتحديدتها .

هذا اذا كانت الالتزامات الناتجة عن التصرفات اتفاقية ، أما اذا كانت الالتزامات قانونية فالخيرة بشأنها أشد . وبيان ذلك أن الالتزامات القانونية اما أن تكون ناتجة عن علائق عائلية سابقة . فمن المقرر هنا خضوعها لقانون الجنسية كما بيناه عند الكلام في المادة ٤ م . م ، أما اذا كانت هذه الالتزامات ناشئة عن أفعال ضارة *faits dommageables* غير مشروعة *illicites* . فلا يوجد في النصوص المصرية ما يشير صراحة أو ضمنا باتباع تشريع معين . والمتفق عليه هنا مع ذلك تطبيق القانون المحلى *la loi locale* أو بعبارة أخرى قانون محل الحادث . فاذا

كانت هذه الالتزامات ناشئة عن فعل الاثراء *enrichissement* أو عمل فضالة *gestion d'affaires* ، فهنا أيضا ، لا يغنى الرجوع الى النصوص المصرية فتبلا . والخلاف في القضاء هنا ظاهر ، فمن الأحكام ما يفضل تطبيق القانون المحلي ، أى قانون جهة الاثراء أو العمل ، ومنها ما يطبق قانون الجنسية ، أو قانون ارادة المتعاقدين .

ومما هو جدير بالذكر في هذه العجالة ، أنه حتى في الحلول التي أوردتها المشرع المصرى بشأن تنازع القوانين ، لم يأت ذكر لحالة التنازع المتغير *Conflit mobile* اذ افترض المشرع دائما استقرار كل عناصر العلاقة القانونية الأجنبية وعدم تغيرها . وقد رأينا أنه من المعقول جدا أن يتغير أحد عناصرها في الفترة بين نشوئها وعرض النزاع أمام المحكمة ^(١) .

وقصارى القول أن المشرع المصرى في نصوصه التشريعية السالفة ، لم يتبع نظرية معينة ، بل اقتصر عمله على ايراد حلول لبعض مسائل تنازع القوانين ، دون البعض الآخر كما رأيناه . ولهذا لا يمكننا القول مطلقا بأن المشرع المصرى قد أخذ بأحكام نظرية الأحوال القديمة ، وإن كان اصطلاح الأحوال الشخصية قد ورد في المادة ٤ . م . م . ولذا كان من الطبيعي السعى في تكملة هذه الحلول .

١٤٧ — ولكن ماذا يمكن عمله لتكملة النقص وتفسير الغموض ؟ هنا تظهر الفوائد العملية لدراسة النظريات المختلفة في تنازع القوانين ، كما تظهر فائدة دراسة المصادر الحالية لهذه القواعد ، ودراسة ما كان متبعا من حلول قبل ادخال نظام الاصلاح . ومن المشاهد أن المتبع هو الرجوع الى أحكام المحاكم وطنية كانت أو دولية ، وكذلك الى النظريات الفقهية حديثة كانت أو قديمة . على أنه اذا وجد النص التشريعى فلا مناص من اتباعه ، لأن قواعد تنازع القوانين هي قواعد ذات صبغة وطنية قبل كل شيء ، فلا يمكن للقاضى أن يتخلى عن

(١) انظر *Bartin* . ١ . ١٩٤ .

تطبيقها لأنه يرى من الأنسب تطبيق قاعدة أخرى وردت في قانون أجنبي ، أو عند ققيه من الفقهاء . وتلحق نصوص المعاهدات بالنصوص التشريعية الداخلية على الوجه الذى سنبينه فيما بعد .

١٤٨ — ويحق لنا أن نتساءل عن السر في وجود النقص والغموض في التشريع المصرى رغم حداثته . وفي اعتقادى أن تفسير ذلك ليس بعسير ، لأنه رغم تطور النظريات في تنازع القوانين في غضون القرن التاسع عشر ، فإنه كان من الصعب التشريع في هذه المسائل لدقتها وجدتها ، هذا من جهة ، ومن جهة أخرى فإن هذه النظريات كانت محلا للانتقاد بدورها من وجهات متعددة ، فلم يكن لدى المشرع المصرى وسيلة أحسن من اقتفاء أثر المشرعين الأجانب والاستفادة من الانتقادات التى وجهت الى النصوص التى وضعوها . ويستفاد من قراءة النصوص المصرية أن المشرع المصرى قد أخذ بنصيب وافر من كل من التشريعين الفرنسى والإيطالى ، فحكم قانون الجنسية في المسائل المتعلقة بالأشخاص وتوسع فألحق بها المواريث ، أسوة بالمشرع الإيطالى . وقد رأينا أن المشرع المصرى في المادة ٤٠ م . م . أتى بالحكم في هذه المسائل بالنسبة للأجانب والمصريين على السواء ، مخالفا بذلك المشرع الفرنسى الذى اقتصر على ذكر الفرنسيين^(١) . وقد اعترف المشرع المصرى صراحة بوجود أحوال تنطبق فيها القوانين الأجنبية ، بخلاف المشرع الفرنسى ، الذى اقتصر على بيان مدى تطبيق القانون الفرنسى في الأقليم وخارجه . وعلى العموم ، فإن النصوص المصرية جاءت في تحريرها أكثر توفيقا من النصوص الفرنسية ، وهذا لا ينقض قولنا ان المشرع المصرى قد اقتبس بعض نصوصه من التشريع الفرنسى كما أوضحناه . وعلى أية حال ، فإنه لا يمكن القول بأن المشرع المصرى قد أخذ بتقسيم الأحوال الى شخصية وعينية ، اذ عرفنا أن هذا التقسيم لم يقره المشرع الفرنسى^(٢)

(١) انظر الى ٣٠ م . ف . الفقرة الثالثة .

(٢) وقد رأينا فيما مضى أن هذه مسألة خلافية — انظر بند ١٠٣ والهامش .

نظرا للانتقادات التي انتهت عليه من كل حذب وصوب ، وكذلك قد رفضه المشرع الايطالى اذ طبق نظرية Mancini . فلا يعقل اذن أن يكون المشرع المصرى قصد احياء التقسيم الذى اتفق الجميع على نبذه . وعندنا أن كل ما فعله المشرع المصرى فى هذا الصدد هو أنه أسقط من مجموعته المدنية الكتاب الخاص « بالأشخاص » . وأحال فى كل ما يتعلق به الى الديانة ، أو الجنسية على حسب الأحوال ^(١) .

ومما هو جدير بالملاحظة فى هذا الصدد أن النصوص المصرية الخاصة بتنازع القوانين ، أغلبها مقصور على بيان الاسناد فى العلائق العائلية ، أما غيرها من العلائق ، فالتنازع بشأنها محلول مقدما لا بقواعد اسناد تبين لنا أى قانون يجب تطبيقه بل بقواعد مبينة (موضوعية) *règles positives* أطلق عليها اسم « القانون المختلط » . ويحكم هذا القانون جانبا كبيرا من العلائق المالية ذات العنصر الأجنبى ، متى تمت فى مصر بين مصريين وأجانب ، أو بين أجانب مختلفى الجنسية ، أو متحدى الجنسية اذا ما تعلق الأمر بعقار كائن فيها . فهذه العلائق متى تمت على الوجه السابق فإنها تكون من اختصاص المحاكم المختلطة ، ويقضى فيها وفقا للقانون المختلط ^(٢) . وهكذا يظهر التلازم بين الاختصاص القضائى والاختصاص التشريعى ، حتى بعد نظام الاصلاح . فوجود القانون المختلط يقلل كثيرا من أهمية قواعد تنازع القوانين من هذه الناحية ، كما يعلل لنا سكوت الشارع عن ايراد قواعد بشأنها . ومع ذلك فإن تنازع القوانين بشأن العلائق المالية محتمل تحققه اذا لم تتوافر الشروط اللازمة لتطبيق التشريع المختلط ، وأهمها حصول التصرف فى مصر ، ففى كل مرة يتم التصرف القانونى فى الخارج ، فإن التنازع موجود ولا مناص من حله . وسنرى أن الاعتماد هنا على النصوص التشريعية لا يكفى . كما أنه من المحتمل أن يوجد التنازع رغم حصول التصرف فى مصر ، ويتحقق ذلك مثلا اذا كان التصرف القانونى

(١) انظر مقالنا « المحاكم الأهلية والأحوال الشخصية » مجلة القانون والاقتصاد . ٤ .

(٢) انظر المادة ٥ مدنى مختلط .

المتنازع بشأنه ، مرتكزا على تصرف سابق تم بين أجنبى ممتازين متحدى الجنسية ، فالاختصاص هنا للمحاكم القنصلية ، وكثيرا ما يكون القانون الواجب التطبيق هو قانونها ، فاذا وقع يونانى سندا تحت الاذن لمصلحة مواطن له ، ثم حول هذا السند الى مصرى ، فانه يحصل التساؤل عن القانون الواجب التطبيق فى هذه الحالة . فاذا رجعنا الى القانون المختلط فاننا لا نجد شيئا فى هذا الصدد . ومن الجهة الأخرى ، فان اختصاص المحاكم القنصلية فى نظر مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالأجنبى التابعين اليها ، وكذلك فى نظر منازعاتهم المالية متى تعلقت بمنقولات مادية أو معنوية ، من شأنه أن يقلل من أحوال تنازع القوانين ، التى تفصل فيها المحاكم المختلطة . ولا يفوتنا فى النهاية أن تقرر بهذه المناسبة ان مسائل الأحوال الشخصية هى المجال المعتاد لتطبيق قواعد التنازع ، وهذه المسائل لا تنظرها المحاكم المختلطة بصفة أصلية ، وانما تنظرها بصفة تبعية ، فى الحدود المرسومة فى المادة الرابعة من المجموعة المدنية .

١٤٩ — ويستفاد مما تقدم أن العلائق القانونية ذات العنصر الأجنبى اذا ما وقعت فى اختصاص المحاكم المختلطة ، فانه لا يفصل فيها من طريق تطبيق قواعد الاسناد ، بل الأصل أن يفصل فيها مباشرة من حيث الموضوع . ويخالف هذا الحكم مخالفة ظاهرة ما هو متبع فى محاكم الدول الأجنبية . والعلة ظاهرة ، وتتلخص فى أن المحاكم المختلطة وليدة نظام الامتيازات ، فصبغتها دولية وتشريعها بعيد عن أن يوصف بأنه وطنى^(١) ، اذ لم يوضع فى الأصل للمصريين ، فهو تشريع مختلط وخاص *législation spéciale* اذ وضع لحكم أحوال خاصة ، يرتفع بشأنها كل تنازع *Conflit* مقدما ، اذ يطبق القاضى المختص قانونه *Lex fori* موضوعيا . وعلى ذلك يمكننا القول بأن التشريع المختلط من هذه الناحية اقليمى ، اذ يطبق على جميع الأشخاص والتصرفات التى تم فى داخل الحدود التى بينها ، ولا مناص من تطبيقه ، فى الأصل ، ولو اتفق الأخصام على وجوب تطبيق قانون آخر .

(١) وسنعرض لهذه المسألة مفصلا فيما بعد .

أما العلائق القانونية التي تخرج عن اختصاص المحاكم المختلطة ، كي تقع في اختصاص هيئات دينية أو وضعية ، فهذه لا يفصل فيها من جانب المحاكم المختلطة موضوعيا الا بطريقة تبعية *par voie incidente* ، وهنا يلزم تطبيق قواعد الاسناد التي أشرنا اليها . فاذا قضت المحاكم المختلطة بعدم اختصاصها ، وبوجوب الرجوع الى الهيئة المختصة في الأصل ، فان ذلك يتم بناء على تطبيق قواعد الاختصاص والتنظيم القضائي لا بناء على تطبيق قواعد الاسناد . وظاهر من هذه القواعد الأخيرة أن المشرع المختلط قد ترك لكل شخص مزية الاستفادة من قوانينه الشخصية *lois personnelles* في النطاق السالف ، سواء كانت هذه القوانين وضعية أو دينية على حسب الأحوال^(١) . وعلى ذلك يمكننا القول بأن المشرع المصري قد اتبع هنا مبدأ شخصية القوانين الذي عرفناه عند Mancini ، ونحاذي نحوه فاعتبر قوانين الميراث ضمن القوانين الشخصية التي تلحق الشخص في كل مكان ، والتي لها أثر خارج اقليمها . ولم يكن في مقدور المشرع المختلط أن يفصل في مسائل تنازع القوانين هذه ، على وجه مخالف ، اذ لا توجد في التشريع المختلط نصوص خاصة بالأشخاص فيسمى القاضي الى تغليبها في بعض الأحوال . كما أن هذا النظام نفسه كان سائدا في مصر قبل نظام الاصلاح ، وقد ترك الأخير هذه الناحية ، بالجملة ، على حالتها السابقة .

فاذا لم يكن للمحاكم المختلطة اختصاص أصلا ، فان الجهة المختصة تكون اما المحكمة القنصلية ، او الهيئة الدينية ، أو في النهاية المحكمة الأهلية . فان اختصت المحكمة القنصلية ، فهي تطبق في الغالب تشريعها اذ تعتبر نفسها متمتعة بامتياز الخروج عن الاقليم ، لذلك يندر أن تطبق تشريعا أجنبيا ، وهذا هو مقتضى الامتيازات . وكذلك اذا اختصت الهيئات الدينية فانها لا تعرف شريعة سوى شريعتها . أما اذا اختصت المحاكم الأهلية (المصرية) فانها تطبق قواعد تنازع القوانين الدولية في أحوال قليلة العدد ، اذ الأصل أن تطبق هذه المحاكم تشريعها

(١) انظر مقالنا « المحاكم الأهلية والأحوال الشخصية » . ٧٩٩ .

الخاص بها ، ولكن يصح أن تطبق تشريعات أجنبية إذا كانت العلاقة أجنبية في أحد عناصرها ولو أنها تمت بين مصريين ، أو تمت بين أشخاص تابعين لدول ليست من أصحاب الامتيازات ^(١) . وفي هذه الأحوال تعتبر قواعد الاسناد الواردة في المجموعة المختلطة مكملة لما ورد في المجموعة الأهلية . على أن المحاكم الأهلية تطبق في أغلب الأحيان قواعد تنازع القوانين الداخلية ، وذلك بمناسبة مراقبتها للأحكام الصادرة من جهات الأحوال الشخصية .

والخلاصة إذن ، أنه بسبب وجود نظام الامتيازات ، قد أصبح للقانون الشخصي شأن هام في مسائل تنازع القوانين في مصر ، إذ يطبق في أحوال كثيرة كان يصح أن يطبق فيها القانون المصري ، لو كان هذا التشريع موحدًا ومصريًا بالمعنى الصحيح .

المبحث الثاني

في

قواعد تنازع القوانين قبل الإصلاح ^(٢)

١٥٠ — رأينا في تحليلنا للنصوص التشريعية المصرية أنها تستمد أصولها من التشريعات الأوروبية ، كما أنها تمت بصلة قوية إلى المبادئ الشرعية . وآية ذلك النصوص التي تقول بتطبيق قانون الملة في مسائل كثيرة . ولهذا كان من اللازم الرجوع إلى المبادئ التي كانت مطبقة في مصر قبل عهد الإصلاح القضائي كي

(١) كالسوريين والبنانيين والأتراك واليرانيين ، أما الأجانب الأوروبيين فمعروف الخلاف بشأنهم . انظر الفقرة الثانية من المادة ١٥ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية ، معدلة بمرسوم القانون رقم ٢٧ سنة ١٩٢٩ .

(٢) والمراد الإصلاح القضائي *La Réforme* . ومجد القارىء تكملة البحث الذي نعرض له هنا فيما نذكره في الكتاب الثالث بشأن الديانة ، وفي الكتاب الرابع بشأن النظام القضائي في مصر قبل نظام الإصلاح .

يمكننا تحديد الصلة السابقة ، ومعرفة الدور الذي تلعبه الشريعة الإسلامية في أحكام قواعد تنازع القوانين الحالية .

١٥١ — ومن المعلوم أن مصر بلاد إسلامية ^(١) ، لذلك كان من الطبيعي أن يسود فيها نظام تقوم دعائمه على المبادئ الشرعية . وقد كان هذا النظام دينيا بحثا في أول الأمر . وهذا معقول بالنسبة للمسلمين ، أما بالنسبة لغير المسلمين فإن النظام الشرعي قد تحول وتحور وقام على أساسه النظام المعروف باسم نظام الامتيازات . فالعلاقة اذن قوية بين قواعد تنازع القوانين الحالية ونظام الامتيازات . هذا من جهة ، ومن جهة أخرى ، فإن نظام الامتيازات الحالي يرجع في أصله الى القواعد الإسلامية المبينة لمعاملة غير المسلمين في دار الاسلام . ولا شك أنه يدخل ضمن ذلك بيان ما يتبع من الأحكام بالنسبة للعلائق القانونية التي يوجد فيها عنصر أجنبي عن الاسلام .

١٥٢ — والواقع أنه بينما كانت قواعد تنازع القوانين مسائرة في سبيل النمو والتطور في أوروبا منذ القرن الثالث عشر على الوجه الذي رأيناه ، كان الشرق يسير بخطوات واسعة وسريعة نحو الفوضى القضائية . وبيان ذلك أنه منذ القرن الثالث عشر الميلادي قال علماء الاسلام بقفل باب الاجتهاد ، فوقفت ^(٢) الأحكام الشرعية في العبادات والمعاملات الدنيوية عند الحد الذي انتهى اليه اجتهاد المجتهدين اذ ذاك . وقد عاون هؤلاء في معاونة قيمة على جعل

(١) ولم نرد أن نعرض هنا لما كان متبعاً في مصر في عهد الرومان ، اذ عرفنا أنه لم توجد قواعد تنازع قوانين اذ ذاك ، كذلك لم نعرض لما كان متبعاً أيضاً في أيام الاغريق ولا قدماء المصريين للسبب عينه . انظر رسالة بركات بك . ١٩ وما بعدها . والدكتور الزيني . ١ . ١٦٩ — ١٧٢ . و Précis du droit égyptien comparé aux droits de l'antiquité. Révillout . ٤ . ١١٨٧ .

(٢) ويصحون في ايران للقضاة الاجتهاد في استنباط الأحكام . وفي مصر الآن حركة تسير في هذا المنحى ، اذ لا معنى مطلقاً للقول بمجمود الأحكام والنكوص بالأحكام الشرعية الى الوراء .

الأحكام الشرعية موافقة لحاجات الزمان والمكان ، وذلك من طريق شرحهم لأحكام القرآن والحديث والاجماع وأخذهم بالقياس .

ولما كان الشرق ^(١) يدين بالاسلام والغرب بالمسيحية ، قامت بينهما الحروب أزمنة طويلة ، وكان من الطبيعي أن يوجد بينهما تنافر وعداوة في كل شيء ، فلم يقبل أحدهما أفكار الآخر ، وهكذا أصبح التعاون الفكري بينهما غير محسوس ، وسادت في كل منهما مدنية مخالفة ، بل كانت مدنية كل منهما مضادة لمدنية الآخر . وبان أثر ذلك في تحقيق العدالة ، فبينما اعتمد الشرق على أحكام شريعة دينية هي شريعة الاسلام ، اعتمد الغرب على أحكام وضعية طارحا جانبا تعاليم المسيحية ، وذلك رغم اعتراض رجال الكنيسة ، الذين بذلوا مجهودات كبيرة في سبيل الاحتفاظ بالقانون الكنسي *droit canonique* . ولم يصادف هذا الأخير نجاحا يذكر . ومن الجهة الأخرى ، فإن الغرب قد تقسم في النهاية الى دول كبيرة ، بعد أن كان منقسما الى مقاطعات صغيرة لكل منها تشريعها الخاص بها . ومن الثابت أن التشريع في كل منها يختلف في بعض الأحيان عن التشريعات الأخرى . وقد أدى ذلك كما رأينا الى ظهور قواعد تنازع القوانين . أما الشرق فلم يكن مقسما الى دول ، فقد خضع لحكم الاسلام على يد العرب أولا ، ومن بعدهم على يد الأتراك ، ولم تعرف دول الشرق الحالية الا في العصور الأخيرة ^(٢) . أما قبل ذلك فكان الشرق كله دولة واحدة خاضعة لحكم خليفة رسول الله ، تطبق فيه أحكام الشريعة الغراء على جميع العلائق القانونية التي كانت ترفع الى القضاء الاسلامي .

١٥٣ — ومن المعلوم أنه وفقا لأحكام الاسلام ، تقسم المعمورة الى دار اسلام ودار حرب ، فالدار الأولى هي التي يسود فيها الاسلام ، وأما الثانية فهي

(١) والمراد هنا الشرق الأدنى وهو ما يهنا في بحثنا .

(٢) وتعدد هذه الدول لا يمكن أن يؤدي الى ظهور قواعد تنازع قوانين ، لأن القضاء فيها مسلمون يقضون وفقا لأحكام الشريعة الغراء دائما . فالاتحاد في القانون مانع من التنازع .

التي لا تنفذ فيها أحكام الاسلام لا تقطاع ولاية المسلمين عليها ولو لم يكن بين المسلمين وأهلها حرب^(١). وأهل هذه البلاد يعرفون بالحريين تمييزا لهم عن أهل الكتاب الذين يقيمون في دار الاسلام ويعرفون بالنميين أو بالمستأمنين على حسب الأحوال.

فلغير المسلمين الحق في أن يتركوا ديارهم مفضلين الإقامة في دار الاسلام فيتمتعون فيها بالسلم والأمان ، ولهم فيها بالجملة ما للمسلمين وعليهم ما عليهم . والحكمة في ذلك أن دين الاسلام دين اقناع ، فمن لم يقتنع به يقر على دينه ولا يتعرض له فيما يعتقد . كما أن له الحق في اجراء جميع المعاملات المباحة مع المسلمين ومع بعضهم البعض ، ففتح دار الاسلام مفيد لأنه في الواقع فتح باب التجارة . وقال صاحب البدائع في هذا الصدد « ويسكنون (الذميون) في أمصار المسلمين يبيعون ويشتررون لأن عقد الذمة شرع ليكون وسيلة الى اسلامهم ، وتمكينهم من المقام في أمصار المسلمين أبلغ في هذا المقصود ، وفيه أيضا منفعة المسلمين بالبيع والشراء^(٢) » .

ومن يبقى في دار الاسلام من غير المسلمين فهو معاهد . والعهد دائم بالنسبة لأهل الذمة .

وبمقتضاه يتمتع الذميون بعصمة في المال والنفس ، وكذلك تحترم عقائدهم ، ولكنهم ملتزمون في مقابل ذلك بدفع الجزية وعدم مظاهرة أعداء المسلمين . وهذا هو مجمل آثار عقد الذمة ، الذي تكفلت الشريعة ببيانها بطريقة آمرة^(٣).

(١) راجع مقال Clunet. Arminjon . ١٩١٢ . ١٠٢٥ . ورسالة بنداى .

(٢) انظر كتاب السياسة الشرعية لفضيلة الأستاذ الشيخ عبد الوهاب خلاف . ٩٢ . وكذلك المبسوط . ١٠ . ٧٧ .

(٣) وفي هذا ما يميزه عن سائر العقود الأخرى ، اذ للارادة فيها دخل كبير ، وعلى الأخص من حيث تحديد آثارها . وظاهر أن العلة ترجع الى أن عقد الذمة عقد لا يتم صراحة ، وإنما افترضه الشارع افتراضا ، فاذا لم يرض غير المسلم بأحكامه ، فليس له سوى الرحيل عن دار الاسلام .

والعهد مؤقت بالنسبة للحريين الذين يفدون على دار الاسلام لمدة وجيزة وذلك من طريق أخذ الأمان . وهذا الأمان يعطى لهم فرادى أو جماعات ، والأصل فيه أن مدته سنة ، فان انقضت على هذا المستأمن سنة في دار الاسلام انقلب ذميا ، اذ تظهر بذلك نيته في التوطن التي قد تم عنها قرائن أخرى .

١٥٤ — وفي دار الاسلام ، كان القاضى المسلم يطبق أحكام الشريعة على العلائق القانونية الخاصة بالمسلمين . وهذه هي العلائق الوطنية في جميع عناصرها ، ولا يهم في ذلك اختلاف مذاهب المسلمين الى مالكيين وحنفيين وشافعيين . . . الخ ، لأن هذه المذاهب انما هي وجهات نظر مختلفة بالنسبة لأصل واحد ، هو النصوص الشرعية . وظاهر أن أداة التمييز هنا هي « الدين » فمتى كان طرفا العلاقة مسلمين ، فالقاضى المسلم يختص بالفصل في منازعاتهم وفقا لأحكام الشريعة الغراء ، ولا يهم في ذلك وجود أى عنصر أجنبي آخر . ولكن اذا كان أحد طرفي العلاقة القانونية ذميا أو مستأمنا فمن المقرر اختصاص القاضى المسلم بنظر هذا النزاع ، وبضرورة اخضاعه لأحكام الشريعة الغراء ، ويرى مقدار التلازم بين الاختصاص القضائى والاختصاص التشريعى . ومبنى هذين الاختصاصين كما هو ظاهر هنا مراعاة مصلحة المسلم ، هذا من جهة ، ومن جهة أخرى ، فان الشريعة الغراء لا تسلم بإمكان خضوع المسلم لغير القضاة المسلمين ، وتقول بهذه المناسبة أن هذا المبدأ مازال مأخوذا به حتى الآن في المحاكم الشرعية ، فاذا صدر حكم من محكمة أجنبية على مسلم وأريد تنفيذه في مصر عن طريق عرضه على المحاكم الشرعية لأنه صادر في مسألة متعلقة بالأحوال الشخصية ^(١) ، فان هذه المحاكم لا توافق مطلقا على تنفيذه بل تقضى في المسألة من جديد اذا أراد المدعى . ويمكن أن تقرب بين هذا المسلك وما جرت عليه المحاكم المختلطة في قولها بنظرية الصالح المختلط . فيكفى اذن ، وفقا

(١) اذ من المعلوم أن المحاكم الأهلية والمختلطة ليس لها اختصاص في هذا الشأن . انظر مؤلف الدكتور الزينى . ١ . ١٩٩ .

لأحكام الشريعة الغراء ، أن توجد مصلحة لمسلم في النزاع ، حتى يصبح من اختصاص القاضي المسلم الذي يطبق عليه أحكام الشريعة الإسلامية .

١٥٥ — ولكن ماذا يكون الحكم اذا لم توجد في النزاع مصلحة لمسلم ؟ في الأمر تفصيل لا بد منه . وبيان ذلك أن غير المسلمين اذا ما تنازعوا ، يجب أن ينظر الى موضوع النزاع . فاذا ما كان موضوعه متعلقا بالعقائد والعبادات ، أى ما يقرون عليه ، فاننا أمرنا بتركهم وما يدينون ، فليس للقاضي المسلم شأن هنا . أما اذا كان موضوع النزاع متعلقا بالمعاملات ، فانه يجب هنا أيضا أن تفرق بين أمرين : الأول اما أن تكون العلاقة المتنازع فيها ملحقه بالديانة حكما واما لا . فان كان الثاني فلغير المسلمين أن يحتكموا الى حكم من ملتهم يفصل في منازعتهم وفقا لأحكام ديانتهم . وهذا الحكم ليس قاضيا ، اذ ولايته ولاية تحكيم فحسب^(١) . فان لم يحصل الاتفاق على التحكيم ، فان المنازعة تكون من اختصاص القاضي المسلم . كما أن اختصاصه يكون لازما فيما لا يقر عليه غير المسلمين من أحكام ، وهذه هي مسائل الحدود . فاختصاص القاضي المسلم عام اذن بالنسبة للمسلمين وغير المسلمين في مسائل المعاملات ، وهي تشمل في الأصل العلائق العائلية ما عدا ما استثنى منها ، كما يدخل في هذا الاختصاص أيضا الحدود أى (مسائل قانون العقوبات بالمعنى الحالى) . ويقول في ذلك علماء الشريعة أن غير المسلمين مخاطبون بأحكام الاسلام فيما يتعلق بالمعاملات^(٢) ، فتلصق في حقهم أحكامها ، وتلزمهم بمقامهم في دار الاسلام فالقاضي المسلم يختص بشأنها ويقضى فيها وفقا للشريعة الغراء . وهذا هو السائد في مذهب الحنفية ، اذ وفقا له تلزم الشريعة الإسلامية جميع من يقيمون في دار الاسلام . وهناك أقوال مخالفة . وتدور هذه الخلافات حول تفسير قوله تعالى « وأن احكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم » وقوله « فان جاؤوك فاحكم بينهم أو أعرض عنهم » فالمعتبر أن الآية الأولى

(١) الأحكام السلطانية . ١٠٧ — ١٠٩ . ورسالة بغدادى .

(٢) وقد رأينا معناها الواسع . وانظر بحث الشيخ بنجيت . ١٩ .

نسخة للثانية لأن الجزم بالحكم رفع للتخير بينه وبين الاعراض^(١) . وعلى ذلك يمكن القول بأن الشريعة الاسلامية باعتبار أنها قانون القاضى ، شريعة اقليمية ، لأنها تلزم جميع القاطنين فى دار الاسلام بغض النظر عن اختلاف دياناتهم ، وأنها تحكم العلائق فيما بين المسلمين بعضهم وبعض ، وفيما بين الكتابيين بعضهم وبعض ، أو فى علاقاتهم مع المسلمين^(٢) . فان كان الأول بأن كانت العلاقة ملحقة بالديانة حكما كالنكاح وتعليك الحر والخنزير^(٣) . فالخلافات هنا كثيرة . ومع ذلك فمن المتفق عليه ، أن القاضى المسلم يختص بهذه المسائل اذا ترفع اليه الخصام ، أى تراضوا على اختصاصه ، لأن الاسلام أباح لهم أن يحتكموا الى الشريعة فى حدود ما يقرون عليه ، اذا أرادوا ذلك^(٤) .

فاذا ترفع الى القاضى المسلم أحد الخصام فانه يختص^(٥) ، ولكنه فى هذه الحالة لا يطبق أحكام الشريعة الاسلامية ، كما فى الحالة الأولى ، بل يجب عليه فى رأى الامام أن يطبق أحكام ديانة الطرفين . فعند الامام كل زواج فسد بين المسلمين لفقد شرطه أو حرمة محله ، وكان صحيحا عند غير المسلمين اعتبر كذلك . ويخالفه فى ذلك صاحبان ، ولكنهما يتفقان معه فى النكاح بغير شهود ، أما فيما عداه

(١) راجع فى هذا الخلاف ، الطبرى . ٦ . ١٥٦ . والرازى ٣ . ٤٠٤ .

(٢) كل هذا لا ينقضى أن أساس تطبيق الشريعة الاسلامية على الوجه السالف دينى بحيث فعموميتها فى التطبيق مبنية على ضرورة الزام غير المسلمين بأحكام المعاملات ، لأن المفروض أنها وضعت للجميع . ومن رأى الدكتور الزينى أن الاختصاص معقود دائما بالتراجع . راجع مؤلفه ١ . ١٧٥ . وقد أثبت الدكتور بغدادى فى رسالته عكس رأى المتقدم . ويظهر أن الدكتور الزينى تأثر فى رأيه بالذهب المالكي الذى يجعل ولاية القاضى المسلم على غير المسلمين ولاية تحكيم لا ولاية قضاء .

(٣) ووجه صلتها بالديانة حكما أن الفرع الاسلامى قد حرمها .

(٤) راجع حاشية ابن عابدين . ٢ . ٥٩٥ .

(٥) والاختصاص هنا أساسه دفع الظلم ، اذ لا توجد هيئة أخرى معترف بها فى الاسلام للفصل فى هذا النزاع ، وليس هناك من طريق سوى التحكيم ، وقد لا يرتضيه الطرف الآخر . قارن الزيلعي . ٤ . ١٧٥ .

فيقولان بفساد سائر عقودهم مع عدم التعرض لهم فيها^(١) . فمقتضى رأى الامام اذن أن القاضى المسلم يختص فى مسائل النكاح وما يتفرع عنها من طلاق ونفقة وبنوة . . الخ اذا ما ترفع اليه أحد الخصمين ، وأنه فى مسائل النكاح يجب تطبيق أحكام الديانة المسيحية التى عنى الفقهاء ببحثها من هذه الناحية^(٢) . أى أن القاضى المسلم يطبق شريعة أجنبية ، خلاف شريعته فى بعض الأحوال ، وبقود خاصة . وهذا الرأى ليس مترا عليه بالاجماع . ومع ذلك فالقاعدة بلا شك قاعدة اسناد يترتب عليها استبعاد تطبيق قانون القاضى ، وهو فى الأصل اقليمى ، وتطبيق قانون آخر ، لأن تحقيق العدالة على وجه كامل يستلزم ذلك . على أن تطبيق الشرائع الدينية الأخرى مقيد بأن لا يكون فى الأخذ بأحكام هذه الديانة اهمال للأحكام الاسلامية التى لا تقبل التغيير . فهناك أحكام اسلامية ثابتة فى حق الجميع بدون استثناء حتى فى النطاق السالف ، ومثالها زواج المحارم أو أحكام الزنا فتسرى على المسلمين وغيرهم دون استثناء . وهذا القيد يقرب فى الواقع من قيد النظام العام الحالى ، لأن فى اطلاق الأخذ بأحكام الشريعة الدينية الأخرى تقويضا لدعائم المجتمع الاسلامى فى بلاده ، واستهتارا بتعاليمه . فمثل هذه القواعد لا يباح الخروج عليها أصلا ، وقد اختلف الفقهاء فى مدى هذا القيد^(٣) . أما بالنسبة لبيع الخمر والخنزير ، فلا خلاف فى وجوب تطبيق الشريعة الدينية التى ينتسب اليها غير المسلمين ، وذلك احترام للحقوق المكتسبة .

وخلاصة ما تقدم أن القاضى المسلم يفصل فى المنازعات التى ترفع اليه ، اذا كان الطرفان أو على الأقل أحدهما مسلما . وكذلك يختص بالنسبة لغير المسلمين

(١) انظر رسالة بغدادى ، وكتاب الأستاذ خلاف . ٩٣ . ومقال Arminjon السالف الإشارة اليه . ١٠٢٨ .

(٢) فدراستهم من هذه الناحية دراسة مقارنة . وهنا تبين لنا العلاقة بين دراسة القانون الدولى الخاص ودراسة القانون المقارن وفائدتها ، اذ يعرف الحكم الموضوعى مقدما . مقال Arminjon . ١٠٢٨ . ومبحث فضيلة الشيخ بنحيت . ٤ .

(٣) انظر الشيخ بنحيت . ٨ . ومقال Arminjon . ١٠٢٧ .

إذا ترافع أحدهما إليه على خلاف فيه ، وأنه في هذه الحالة قد يقضى بشريعة خلاف الشريعة الإسلامية على حسب ما بيناه ، وأنه يحق لغير المسلمين أن يحتكموا لزعمائهم للفصل في منازعاتهم .

١٥٦ — فإذا غادر المسلم دار الإسلام إلى دار الحرب ، فإنه تلحقه ، مع ذلك ، أحكام الإسلام ويلزمه اتباعها في جميع تصرفاته . وهذا هو رأي أبي يوسف ^(١) ويخالف في ذلك الإمام ومحمد ^(٢) ، إذ يقولان بوجوب اتباع أحكام خاصة بالنسبة للمسلم المقيم في دار الحرب . فإذا أخذنا برأي أبي يوسف فإن مؤداه اعتبار الشريعة الإسلامية شريعة شخصية لها أثر خارج إقليمها وهو دار الإسلام ، وهذا الأثر شامل ومطلق ^(٣) . كما أنها شريعة اقليمية داخل إقليمها مع مراعاة القيود الطفيفة السالفة .

١٥٧ — ولا شك أنه يصعب القول بناء على ما تقدم ، أن الشريعة الإسلامية قد عرفت قواعد تنازع القوانين ، إذ في كل مرة يحتمل وجود التنازع بينها وبين أية شريعة أخرى ، فإنها تعطى نفسها الغلبة مقدما ، بغض النظر عن موضوع النزاع . وهذا الحكم طبيعي ، وأساسه أن الشريعة الإسلامية شريعة دينية منزلة ، فلا يمكن أن تفوقها شريعة أخرى في دار الإسلام . أما في الأحوال التي سمح فيها على رأي بعض الحنفية بتطبيق شريعة أخرى فهي أحوال قليلة مقيدة بقيود عدة ، هذا علاوة على أنها في ذاتها نحل خلاف . كما أن الحكم بشأنها موضوعيا معروف مقدما ، وفي هذا ما يشعر بأن السماح بتطبيقها أساسه عدم مخالفة أحكامها للمبادئ المقررة في الشريعة الإسلامية ، تلك المبادئ التي تعترف بوجوب التسامح مع غير المسلمين في كل ما له علاقة بالعقيدة والدين ^(٤) .

(١) راجع رسالة بنداى . ومقال Arminjon . ١٠٢٩ . والفتاوى الهندية . ٢٥٣ . ٣

(٢) راجع رسالة بركات بك . ٤٨ وما بعدها . ورسالة بنداى .

(٣) راجع مقال Arminjon . ١٠٢٥ .

(٤) وكذلك ألا يمكن اعتبار هذه الأحكام جزءا من أحكام الشريعة الإسلامية ؟ قارن الدكتور الزيني . ١٠ . ١٨١ .

١٥٨ — تلك هي المبادئ الشرعية التي تحكم العلائق القانونية ذات العنصر الأجنبي ، ولم تكن مطبقة في دار الاسلام بكل دقة ، اذ من المقرر أن العرب قد تساهلوا مع المسيحيين بعد أن أخضعوا بلادهم^(١) ، فتركوا لهم حق الفصل في منازعاتهم الخاصة بهم دون الالتجاء الى القضاة المسلمين . ومن هنا تألفت منهم طوائف مختلفة على حسب المذاهب المختلفة^(٢) . وأصبح لرؤسائها سلطة الحكم في المنازعات ، اذا ما اتفق المتنازعون على تحكيمهم^(٣) ، وأكثر من هذا ، فقد أعطى هؤلاء الرؤساء سلطة واسعة في المسائل الجنائية ، تذهب الى حد الجسد والحبس . ويظهر أن الحكمة في الاعتراف لهم بهذه السلطة الواسعة في المسائل المدنية والجنائية ، سياسية بحتة ، اذ أراد القاتحون الاطمئنان على ملكية هذه البلاد التي دخلت حديثا في حكم الاسلام ، فأظهروا كل احترام لعقيدة أهلها ، وأحلوا رؤساءهم الدينيين مركزا ممتازا حتى لا يهيجوا الخواطر ضدهم .

١٥٩ — واستمر التساهل والتسامح على هذا النحو في بلاد الاسلام ، الى أن أتى العثمانيون فساروا في نفس الطريق ، وخطوا خطوة جديدة فعقدوا مع الدول المسيحية المعاهدات المقررة للامتيازات Capitulations على الأساس السابق . وبذلك أصبحوا مرتبطين بأحكامها ، وان خالفت ، في الحقيقة ، المبادئ الشرعية البحتة . ولم يكن العثمانيون ليخشوا في ذلك لومة لائم ، اذ كانت دولتهم في أوج عظمتها عند ما منحو المسيحيين هذه الامتيازات . ولكن لما نخرت أسباب الانحلال والسقوط عظام الدولة العلية انقلبت هذه الامتيازات وبالا عليها ، وأصبحت علامة على انتقاص سيادتها في أراضيها ، وانحطت الدولة

(١) مقال Arminjon . ١٠٢٧ .

(٢) ولم يكن من السهل الانتقال من ديانة الى أخرى خوف العقوبات التي يسلطها الرؤساء الدينيون على من يغير ديانته . وكذلك لم يكن من السهل للسبب عينه الانتقال من مذهب الى آخر .

(٣) راجع مؤلف سيداروس باشا Des Patriacats, Paris, 1907, 276 ومحمد صادق فهمي بك « شرح القانون المدني » ١٩٢٥ . ١٥٦ وما بعدها .

العلية في القرن التاسع عشر فاعتبرت منعزلة عن المجتمع الأوروبي ، أى أنها في مركز لا يدانى الدول الأخرى المكتملة السيادة ، وذلك بسبب التضاد الحاصل بين نظمها الأساسية ونظم الدول الأخرى .

١٦٠ — ولما كانت مصر جزءا من الأمبراطورية العثمانية سادت فيها المعاهدات المقررة للامتيازات ، بل وأخذت شكلا أكثر ازعاجا بسبب ضعف الحكومات المصرية ، وتقريرها في حقوقها حتى ما تقرر منها بموجب هذه المعاهدات ، فنشأت في مصر من جراء ذلك القاعدة الشهيرة المعروفة ، باسم « المدعى يسعى وراء المدعى عليه » في داخل الحدود المصرية . فأصبح الاختصاص القضائي في القضايا التي يرفعها المصريون على الأجانب من اختصاص القاضي القنصلي ، بدلا من بقاءه في اختصاص القاضي المسلم وفقا للمبادئ الشرعية . ولم يكن من المعقول أن تطبق المحاكم القنصلية قواعد تنازع القوانين الخاصة بها في المنازعات ، للسبب الذي ذكرناه من أنه يشترط لتطبيق هذه القواعد وجود تبادل واتحاد في المدنية ، وتشابه في النظم الأساسية . ولم يكن ذلك متوفرا إذ كانت الشريعة الإسلامية غالبية في مصر ، وهي شريعة دينية ^(١) ، كما كان لكل مصرى قانونه الديني الخاص به ، يطبق على الأقل في مسائل العائلة . فلم يكن هناك قانون مصرى واحد يطبق على الجميع .

ومن الجهة الأخرى فإن العلائق القانونية بين المصريين أنفسهم كانت في اختصاص هيئات قضائية متعددة ، فبالنسبة لعلائق الأحوال الشخصية تأيد اختصاص المجالس المليية والمحاكمات بموجب تشريعات عثمانية ^(٢) ، وذلك بالنسبة لغير المسلمين . أما المسلمون فيخضعون فيها للمحاكم الشرعية ، واعتبرت هذه المحاكم مختصة بالفصل في المنازعات المتعلقة بالأوقاف بغض النظر عن ديانة الواقفين ، إذ

(١) ومن المعلوم أنه لا تبادل في الأصل بين الفرائع الدينية والفرائع الوضعية .

(٢) وأقصد بذلك الإشارة إليه إلى خط كلخانة الصادر في سنة ١٨٣٩ ، والخط الهمايوني

الصادر في سنة ١٨٥٦ . وسنبحث هذه المسألة بإيضاح واف في الكتاب الثالث .

الموقف مباح في مصر للمسلمين وغير المسلمين ، وينحصر لأحكام الشريعة الغراء^(١) .
وأما بالنسبة للمعاملات المالية فقد انتهى الأمر أخيرا الى انشاء مجالس خاصة تعرف
باسم « مجالس الأحكام »^(٢) لتتقضى فيها وفقا لأحكام الشريعة الغراء . ويظهر
أن انشاءها قصد به ، بصفة أصلية ، تخفيف العبء على القاضى الشرعى .
وكانت هذه المجالس تختص بالفصل بين المصريين المسلمين وغيرهم من ليسوا
أجانب ولا من أرباب الحماية ، ولكن بجانب هذه المجالس وجدت مجالس
أخرى أهمها « مجالس التجار » في سنة ١٨٥٥ ، وذلك لما للعلاق التجارية من
أهمية دعت الى جعلها في اختصاص مجلس خاص كان تأليفه مختاطا . وقد خضع
الأجانب لاختصاص (مجالس التجار) بعد أن أبيع لهم الاشتراك في هيئاتها .
وأما الأحكام فكانت تصدر ، في بعض الأحيان ، وفقا للقانون الفرنسى . ومن
هنا يظهر جليا أن الحاجة قد مست الى الاستعانة بأحكام القانون الأجنبى حتى
قبل الاصلاح . ويصعب القول بأن السماح بتطبيق القانون الفرنسى معناه الأخذ
بقاعدة من قواعد تنازع القوانين ، اذ الحقيقة ، أن كل ما قصد هو تحكيم قانون
أجنبى للفصل في هذه المسائل ، تسهila للأمر وتشجيعا للتجارة ، وعلى الأخص
بعد أن ظهرت وسائلها الجديدة من كمبيالات ، وسندات تحت الاذن ، وتأمين ، وغير
ذلك من الأنظمة القانونية غير المعروفة عند علماء الشريعة الغراء . فكان من الضار
اخضاع هذه المعاملات لأحكام الشريعة الاسلامية التى لم تتغير منذ القرن الثالث
عشر الميلادى ، ولذا استلزم تحقيق العدالة اخضاعها فى النهاية للقانون الفرنسى^(٣) .

١٦١ — ويتبين مما تقدم أن نظريات تنازع القوانين التى كانت سائدة
فى أوروبا لم تكن معروفة فى مصر ، ولم يوجد أيضا ما يشابهها ، بل طبق مبدأ

(١) انظر قبله . بند ١٤٤ .

(٢) وتم ذلك بموجب أمر عال فى ١٣ ربيع الأول ١٢٨٦ هـ وقد أُلغيت فى سنة
١٢٧١ هـ وأعيدت فى ١٢٧٣ . ومؤلف زميلنا الأستاذ زكى عبد المتعال فى « تاريخ النظم
السياسية والقانونية والاقتصادية » . ١٩٣٥ . ٣٢٣ وما بعدها .

(٣) راجع مؤلف صادق فهمى بك . ١٨٤ وما بعدها . ورسالة بركات بك . ١٧٥ .

شخصية القوانين ، بطريقة فعلية ، على وجه يكاد يكون مطلقا ، فكان تطبيقه عاما وشاملا لكل العلائق القانونية على اختلاف أنواعها ، وذلك مع مراعاة ما ذكرناه بشأن المجالس السابقة الاشارة اليها . ورأينا أنه قد استعين في آخر الأمر بالقانون الفرنسى لحكم بعض هذه العلائق ، وهى التى كانت تدخل فى اختصاص « مجالس التجار » . وكان هذا العمل أشبه بالتحكيم والخضوع^(١) ، منه الى تطبيق قاعدة من قواعد تنازع القوانين . واستمرت الحال على هذا النحو الى أن آن أوان الاصلاح ، فأنشئت المحاكم المختلطة بمقتضى معاهدة دولية ، وقد صادفت مصر ، فى سبيل موافقة الدول على انشائها ، متاعب كبيرة^(٢) ، فلما أنشئت هذه المحاكم فى سنة ١٨٧٥ أعقبها اصدار المجموعات المختلطة التى بدىء فى تطبيقها منذ سنة ١٨٧٦ . ولما كانت هذه المجموعات قد جاءت على نسق المجموعات الفرنسية فقد وردت فيها بعض قواعد خاصة بتنازع القوانين ، تناولناها بالتحليل فى المبحث السابق . ويهمنى الآن أن نذكر جملة أن القوانين المختلطة ذات صبغة اقليمية ظاهرة ، لأنها تسرى على كل القطان فى مصر ، من مصريين مسلمين وغيرهم ، وأجانب ممتازين وغيرهم . فشخصية القوانين التى كانت سائدة من قبل قد زالت فيما يتعلق بالعلائق القانونية المالية ، اذا كان أحد أشخاصها أجنبيا . وأما العلائق التى يطلق عليها عادة اسم علائق الأحوال الشخصية ، فاستبقتها المجالس الشرعية التى عرفت باسم المحاكم الشرعية . وقد صدرت لأئحة ترتيب خاصة بها ، كما بقيت المجالس الطائفية الأخرى لغير المسلمين ، واستمرت المحاكم القنصلية تقضى فى قضايا الأجانب الممتازين ، وسنبين فيما بعد أن تجزئة العلائق القانونية على الوجه السالف فيه أضرار بالغة ، ولو أن الشارع قد حاول التقليل منها على قدر الامكان

(١) وسنبين معنى الخضوع مفصلا عند الكلام على الاختصاص العام . والخضوع هنا من جانب الأجانب اذ الأصل أنهم يخضعون لقضائهم .
(٢) انظر فى ذلك الكتاب الرابع من مؤلفنا .

بوضعه بعض نصوص خاصة^(١) ، ولكن هذه النصوص قليلة الفائدة . ولقد ذهب القضاء المختلط الى التوسع في اختصاصه فحبا نفسه بسلطة منعها عنه الشارع ؛ كل ذلك رغبة منه في تحقيق العدالة على الوجه الذي ارتآه .

١٦٢ — ولما بدأت البلاد تشعر بمزايا اقليمية القوانين في العلاقات القانونية المختلطة ، فكر أولو الأمر في انشاء محاكم أهلية (محاكم وطنية)^(٢) ، ومجموعات وطنية على نسق المجموعات المختلطة ، ولهذا حوت المجموعات الأهلية بدورها قواعد خاصة بتنازع القوانين ، ولكن هذه القواعد أقرب الى أن تكون قواعد تنازع قوانين داخلية ، لأنها خاصة بالمصريين دون غيرهم . وعلة وضعها انما ترجع الى أن العلاقات العائلية للمصريين ما زالت تخضع لقوانين دياناتهم ، فكان لا مناص من تقرير هذه القاعدة صراحة في هذه المجموعات . على أن وضع هذه القواعد مفيد أيضا من الوجهة الدولية ، لأن المحاكم الأجنبية في البلاد الأخرى ، اذا ما أرادت الفصل في مسألة من المسائل السابقة بالنسبة لأحد المصريين فانها سترجع في الغالب الى قانون جنسيته Loi nationale أى القانون المصرى . ولكن لما كان هذا القانون غير موجود بالنسبة للأحوال الشخصية فقد حل محله قانون الديانة lex religiosa . وقد رأينا كيف فسر الأستاذ Arminjon هذا النظام بأنه نظام مركب يحصل فيه تفويض من النظام الغالب وهو « الشريعة الاسلامية » فيما يتعلق بالأحوال الشخصية الى غيره من النظم الأخرى الخاصة بغير المسلمين .

(١) وأقصد بهذا المادتين ٨٠ ، و ٨١ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية .

(٢) وهذه هي التسمية الجديدة التي أخذت بها لجنة الاحتفال بالعيد الحسيني للمحاكم الأهلية فأصبحت هذه المحاكم تعرف باسم المحاكم الوطنية Tribunaux Nationaux وفي اعتقادنا أنه من الأولى تسميتها بالمحاكم المصرية ، لأنها المحاكم التي يجب أن تشمل سيادتها جميع السكان في مصر احتراماً للسيادة الإقليمية للدولة المصرية . والتسمية التي تقول بها قد جرت عليها الدول الأجنبية بالنسبة لمحاكمها . وأما المحاكم المختلطة فهي مصرية اسماً ، ومختلطة أودولية فعلاً ، فلا يمكن التمسك بها باعتبار أنها محاكم مصرية . قارن بحث زميلنا الأستاذ Dubois Richard . المنشور في مجلة القانون والاقتصاد . السنة الرابعة . ٩٦ . هامش (١) .

١٦٣ — والواقع أن انشاء المحاكم الأهلية وصدور المجموعات الخاصة بها قد غير القواعد التي تقضى بها الشريعة الإسلامية فيما يتعلق بالقضاء في معاملات المسلمين وغيرهم الموجودين في دار الاسلام ، اذ بموجب النظام الجديد يخضع المسلمون لقضاة غير مسلمين ، فتعين القضاة في المحاكم الأهلية لا يستازم فيه انتسابهم الى دين معين ^(١) ، وكذلك يقضى القضاة المسلمون في منازعات غير المسلمين من المصريين والأجانب غير الممتازين ، ولو لم يتراضوا على الترفع أمامهم ، كما أن المحاكم الأهلية قد تقضى وفقا لتشريعات أجنبية ، في بعض الأحوال ، مطبقة قواعد تنازع القوانين ، وكذلك تنفذ الأحكام الصادرة من محاكم أجنبية ضد المصريين المسلمين عن طريق وضع الأمر بالتنفيذ *exequatur* عليها ، لا عن طريق سماع الدعوى من جديد ، كما تقول بذلك المحاكم الشرعية . ولكن لا يغيب عن الذهن أن نطاق ذلك كله مقصور فقط على العلائق المالية التي أعطى الاختصاص فيها للمحاكم الجديدة .

١٦٤ — ولذلك كان طبيعيا أن يتأثر المشرع المصري عند وضع قواعده في تنازع القوانين بالنظريات السائدة في أوروبا في ذلك العهد ، وكذلك بالمبادئ التي كانت متبعة في مصر ، فأخذ من كل ما يتناسب مع الحالة الجديدة .

وانتهت الأمور في مصر الى توحيد تشريعي مبتور ، وأصبحت المبادئ القانونية النافذة فيها خليطا من أحكام وضعية وأحكام دينية ، يصعب أحيانا الوقوف على مرماها ، مما جعل الناس يضجون بالشكوى بغية اصلاح جديد ، لا يزال حتى الآن في حيز التفكير ^(٢) .

وعندى أنه في حالة عدم وجود نص تشريعي في مسائل تنازع القوانين ،

(١) انظر المادة ٣٧ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية . ومقالنا « المحاكم الأهلية والأحوال الشخصية » . ٧٨٨ .

(٢) انظر الكتاب الثالث من هذا السفر حيث خصصنا فصلا لبحث البينة على حدة .

فانه يجب الرجوع الى المصادر التي استقى منها المشرع المصري قواعده ، فاذا كان نطاق المسألة مما يدخل موضوعه في اختصاص المحاكم الجديدة فانه يجب الاستئناس بالمبادئ الجديدة ، وروح التشريع الجديد . وقد رأينا أنه يرمى الى الأخذ باقليمية القوانين في الحدود التي بينها ، أما اذا كان النزاع يخرج بطبيعته عن اختصاص المحاكم الجديدة ، فيجب الرجوع الى مبدأ شخصية القوانين على الوجه الذي كان سائدا فيما مضى . كل هذا لا ينفى وجوب المزج والتوازن بين المبدأين تحقيقا للتجانس في النظام التشريعي . ولا شك أن مهمة القاضي هنا من الصعوبة بمكان ^(١) .

المبحث الثالث

في

كيفية تطبيق القوانين الأجنبية

١٦٥ — رأينا فيما تقدم أن تطبيق القانون الأجنبي في مصر يتم وفقا لما تأمر به قواعد تنازع القوانين المصرية . فالأصل اذن أن تطبيق القانون الأجنبي معقود بارادة المشرع الذي يأمر بذلك تحقيقا للعدالة . ويظهر أمر المشرع في شكل نص تشريعي مقرر لقاعدة من قواعد تنازع القوانين . واذا تأملنا في هذا النص وجدنا أنه فاصل في مسألة من مسائل تنازع القوانين . فالنص الذي يقرر بأن المواريث تخضع لقانون جنسية المتوفى ، يفصل في التنازع بين قانون موقع المقارات موضوع التركة ، وقانون جنسية الورثة ، وقانون جنسية المتوفى ، وقد يكون أحد هؤلاء الثلاثة مصرياً . ففي هذه المسألة يتغلب قانون جنسية المتوفى وفقا لقاعدة تنازع القوانين المصرية الواردة في المادة ٧٧ م . م . وعلى ذلك يمكننا أن نقرر أن قاعدة تنازع القوانين التشريعية تحوى في الواقع مسألة من مسائل

(١) كما أنه لا جدال في ضرورة الاهتداء بالسوابق القضائية .

تنازع القوانين وحلا لهذه المسألة . وكما يصح أن يكون الحل واحدا ، يصح أيضا أن يتعدد ، فيجيز المشرع تطبيق أحد تشريعين صراحة^(١) ، أو ضمنا ، كنص المادة ٧٨ م . م . بالنسبة لشكل الزواج اذ اعتبر مخيرا في هذه الناحية ، بحيث يعتبر الزواج صحيحا شكلا لو تم وفقا لقانون جنسية الزوجين ، أو وفقا للشكل المحلى . ومن الجهة الأخرى ، فإن النص التشريعى قد يورد حلا لمسألة معينة كما رأينا فى النصين السابقين ، أو يورد حلا لمسألة عامة ، كما هو ظاهر فى المادة ١٣٠ / ١٩٠ م . ا . م . حيث يطبق على الأهلية مطلقة أو مقيدة قانون الملة أو الجنسية على حسب الأحوال . فالحل الوارد فى النص لا يتعلق بحالة معينة من أحوال الأهلية ، وإنما يشمل الأهلية على العموم أى بالنسبة لساثر التصرفات ، الا اذا وجد نص خاص^(٢) .

١٦٦ — فاذا أشارت قواعد تنازع القوانين المصرية^(٣) بتطبيق قانون أجنبى ، فإن القاضى ملزم بذلك ، لأنه ياتمر بأمر مشرعه الذى يرمى بذلك الى تحقيق العدالة على وجهها الأكمل . فأساس المجاملة غير معترف به فى مصر ، اذ النصوص التشريعية صريحة فى وجوب تطبيق القوانين الأجنبية فى بعض الأحوال . وهذا المذهب هو المتبع فى فرنسا فقها وقضاء ، ولو أن المشرع الفرنسى لم يأت بنص يشير صراحة الى تطبيق القوانين الأجنبية^(٤) . ويمكن

(١) كما هى الحال فى المادة ١١ من القانون المدنى الألمانى وتقرر « أن التصرف يخضع فى شكله للقانون الذى يحكمه من حيث الموضوع أو لقانون محله » .

(٢) انظر Makarov . ٩٣ — ٩٧ . ومقال Rabel . مجلة القانون الدولى الخاص . ١٩٢٣ . ٦ .

(٣) وقد رأينا أن هذه القواعد تنقرر بالنصوص التشريعية والمعاهدات والعادات وتلتحق بها أحكام المحاكم .

(٤) وحتى نص المادة ٤٧ م . ف . الذى يقرر صحة التصرفات المتعلقة بحالة الفرنسيين المدنية متى تمت وفقا للشكل المقرر فى البلاد الأجنبية ، فانه معتبر مقرر قبل كل شىء لحكم =

القول اذن ، على هذا الأساس ، أن تطبيق القانون الأجنبي إنما هو نتيجة لسيادة المشرع المصري في بلاده ، اذ يأمر باستبعاد تشريعه وتطبيق هذا التشريع الأجنبي ، وهكذا يعتبر القانون الأجنبي الذي يطبق في النزاع المطروح أمام القاضي المصري ، في منزلة القانون المصري نفسه . وهذا ما دعا البعض الى القول بأن القانون الأجنبي عند تطبيقه يأخذ صفة القانون الوطني ، أى يتجنس بجنسية القانون الوطني ^(١) . على أن القضاء في فرنسا لا يرحب بهذه الفكرة ، بل يميل الى الأخذ بفكرة عكسية ، مدارها أن القانون الأجنبي الذي يطبقه القاضي الوطني يظل محتفظا بصفته الأجنبية ، وآية ذلك أنه لا علاقة بينه وبين السلطة التشريعية الوطنية . ولهذا الخلاف أهميته كما سنرى حالا .

١٦٧ — ومن المقرر أنه كلما أشارت قواعد تنازع القوانين الوطنية بتطبيق قانون أجنبي وجب على القاضي أن يقوم بذلك من تلقاء نفسه d'office حتى ولو سكت الخصام قصدا أو جهلا عن طلبه . وعلة ذلك أن قاعدة تنازع القوانين جزء من التشريع الداخلى ، فلا يسوغ للقاضي اهمالها ، اذ رأينا أن الأخذ بقواعد تنازع القوانين بعيد عن اعتبارات المجاملة التي كانت تتيح للمحاكم اهل أو أعمال نصوص القوانين الأجنبية وفقا لما تراه ^(٢) . ومن الواضح هنا أن القانون الأجنبي يعامل نفس معاملة القانون الوطني ، اذ المفروض على القاضي تطبيقه بغض النظر عن الاعتبارات السالفة . وهذه النتيجة متفقة كل الاتفاق مع الرأي الأول الذي أشرنا اليه في البند السالف . على أن هذا المسلك مخالف لما

== في منفعة الفرنسيين أنفسهم قبل الأجانب ، ولو أن النص ذكر الأجانب أيضا . وما هو منظوقه

• Tout acte de l'état civil des Français et des étrangers, fait en pays étranger, fait foi, s'il a été rédigé dans les formes usitées dans le dit pays .

وليس له مقابل في مصر .

(١) انظر Bartin . ١ . ٢٧٣ . وكذلك رسالة Jean Barb باريس سنة ١٩٣٠

وموضوعها • L'application des lois étrangères et la Cour de cassation •

(٢) راجع . Pouillet . ٤٢٦ .

هو متبع في إنجلترا اذ يجرى القضاء هناك على اعتبار أنه يوجد في الأصل توافق بين أحكام القانون الانجليزي والقانون الأجنبي المتنازع معه ، فإذا أراد أحد الخصمين تطبيق القانون الأجنبي وجب أن يثبت أن هذا القانون مخالف في أحكامه للقانون الانجليزي ، حتى اذا أخفق في ذلك وجب تطبيق القانون الانجليزي^(١).

١٦٨ — ومن المقرر أيضا ، أن على القاضي عبء بحث الأحكام الموضوعية في القانون الأجنبي ، وهل هي متفقة مع ما يدعيه الخصم أو لا . ولا شك أن هذه المهمة شاقة ولذا اعتادت الحكومات^(٢) أن تسهلها على القضاة فيها ، عن طريق انشاء ادارات خاصة بجمع الوثائق المتعلقة بالتشريعات الأجنبية . على أنه من المعتاد عملا ، أن يعاون صاحب المصلحة في الدعوى ، القضاء في تأدية هذه المهمة ، فيقوم بتقديم شهادات رسمية مثبتة لحكم القانون الأجنبي في الموضوع محل النزاع ، سواء كان هذا الحكم واردا في نص تشريعي ، أو أحكام قضائية صادرة من هيئات عليا ، أو فتاوى من أساتذة الحقوق في البلد الأجنبي . ولا شك في أن القاضي غير ملزم بالأخذ بما تقول به هذه الوثائق ، بل له أن يعتمد على أبحاثه الخاصة . ومن الواضح أيضا هنا أن القانون الأجنبي يعامل نفس معاملة القانون الوطني ، اذ المفروض علم القاضي بالقانون الوطني . وقد رأينا أننا نفترض هنا علمه بأحكام القوانين الأجنبية . وهذا الافتراض مشكوك جدا في مطابقته للواقع ، ولذا اعتاد القضاء في الكثير من الأحوال ، في فرنسا وبلجيكا ، أن يلزم صاحب المصلحة بتقديم الأدلة اللازمة لإثبات حالة القانون الأجنبي ، وأن أحكامه تتفق مع ما يدعيه^(٣) . وقد أخذت الأحكام المختلطة في مصر ، في بعض

(١) انظر ايضاح القواعد المتعلقة بهذه المسألة في Westlake . ٤٠٧ وما بعدها و Weiss . ١٨٢ . ٣

(٢) وهناك ادارة خاصة في فرنسا بوزارة الحفانية ، أما في مصر فن الميسور الاستعانة بوزارة الخارجية اذا دعت الحال الى ذلك .

(٣) انظر Pouillet . ٤٢٧ وعلى الأخص هامش (١) حيث تجد أحكاما كثيرة . وكذلك Martin . ١ . ٢٧٦ وما بعدها .

أحكامها^(١) بهذا الرأي .

وتتفق النتيجة السالفة من الوجهة النظرية مع الرأي الأول ، أما من الوجهة العملية فهي متفقة مع الرأي الثاني .

١٦٩ — ولكن المسألة التي أثارت الجدل ، حتى اليوم ، تدور حول معرفة حق محكمة النقض في مراقبة أحكام المحاكم الأخرى التي تأخذ بالقوانين الأجنبية . ويقصد بالأخذ بالقانون الأجنبي تطبيقه application وتفسيره .

من المتفق عليه أن التطبيق يخضع لرقابة محكمة النقض^(٢) . فإذا أخذت المحكمة المرفوعة اليها الدعوى بقانون آخر خلاف القانون الأجنبي الواجب التطبيق فإن حكمها يكون قابلا للنقض ، ولو كانت قد طبقت القانون الوطني . ويقصد بهذه الرقابة حماية قاعدة تنازع القوانين الوطنية وحسن تطبيقها ، فهي إذن حماية ترمى الى ضمان سير العدالة . أما إذا كانت المحكمة قد أخطأت في تفسير أحكام القانون الأجنبي ، فهذا قام خلاف كبير بين القضاء والشرح في فرنسا . فيقول القضاء^(٣) هنالك بعدم جواز النقض ، ويقول الفقه^(٤) برأى

(١) قارن حكم ٤ ابريل سنة ١٩١٨ . جازيت . ٨ . ٢٦٩ .

(٢) وهذا القضاء مقرر منذ زمن بعيد بمقتضى حكم نقض فرنسي مدني في ٢٤ أغسطس سنة ١٨٨٠ سيري ١٨٨٠ . ١ . ٤١٣ . وحكم آخر في ١٩ مارس سنة ١٩١٨ . سيري ١٩١٨ . ١ . ٨٣ و De Vareilles-Sommières . ٢ . ٢٩٠ و Pillet . ١ . ١٣٢ .

(٣) راجع الأطوار التي مر بها قضاء محكمة النقض في مقال Appert . المجلة . ١٩١٣ . ٣٣٩ وما بعدها . ويتبين منه أن محكمة النقض حتى سنة ١٨٦٩ كانت تفرق تفرقة حاسمة بين التطبيق والتفسير ، ولكن في النصف الثاني من القرن التاسع عشر كانت محكمة النقض تعطى نفسها حق مراقبة تفسير القانون الأجنبي ، اذا كان تطبيقه حاصلًا وفقًا لنص صريح وارد في التشريع الفرنسي (كالواد ٤٧ ، ١٧٠ و ٩٩٩) كما في حكم ٢٣ فبراير سنة ١٨٧٤ . سيري . ١٨٧٤ . ١ . ١٤٥ . أما في الفترة الأخيرة فإن محكمة النقض تجري على عدم مراقبة التفسير أصلاً . كما في حكم ٢٦ ديسمبر سنة ١٩١٧ . Clunet . ١٩١٨ . ٧١٤ .

(٤) انظر مقال Demangeat . Clunet . ١٨٧٤ . ١٢ — ١٦ . Ferrand-Giraud .

Clunet . ١٨٩٢ . ٢٥٧ . Weiss . ٣ . ١٩٧ . Pillet . ١ . ١٤١ . Pouillet . ٣٨٨ =

عكسى . وحنة محكمة النقض الفرنسفة فى ذلك ، أنها لم تنشأ لتفسفر القانون الأجنبى تفسفرا ملازما ، وأنه ففشى أن ففطىء فى ففقق هذه المهمة الشاقة ، ولذلك فففى الى اعفبار مسألة تفسفر القانون الأجنبى مسألة ففعلقة بالواقع question de fait . وأما رجال الفقه ففقولون بضرورة معاملة القانون الأجنبى معاملة القانون الوطنى ، من هذه الوجهة أفضا ، ففققا للعدالة . ومقتضى هذا الرأى اعفبار مسألة تفسفر القانون الأجنبى ففعلقة بالقانون question de droit . ومن الفقهاء ^(١) من فرى اعطاء محكمة النقض حق الرقابة ، فقط ، فى حالة ما اذا كانت المحكمة الفى فصلت فى الدعوى قد فسرت القانون الأجنبى تفسفرا ففخرج به خروجا ظاهرا عن مقتضاه ، اذا أنها لا ففكون بذلك قد طبقت فى الففقيقة القانون الأجنبى الذى أشارت به قواعد الاسناد ^(٢) .

١٧٠ — ومن المعلوم أنه لا ففوجد فى مصر محكمة ففختلفة للنقض ، لذلك لم تعرض الصعوبات السالفة أمام القضاء الففختلف . ولكن من الففحمل أن تعرض أمام القضاء الأهلى اذا ففوجد محكمة مصرفة للنقض . ومع ذلك فإنها لم تعرض ففى الآن بشأن تطبيق القانون الأجنبى ، بل عرضت بشأن تطبيق قواعد الاسناد

Valéry = نبذة ٤٣٥ — ٤٤٠ . Surville . ٥٩ . Bartin . ١ . ٢٩٢ . ومن أنصار محكمة النقض Lerebours-Pigeonnière . نبذة ٢٣٣ — ٢٣٥ وكذلك Jean Barb فى رسالته السابق الإشارة إليها . ١٦٣ — ١٦٧ .

(١) انظر دروس Lévy-Ullmann . ١٩٣٤ — ١٩٣٥ . ١١٦ .

(٢) وهناك مسائل أخرى حصل التساؤل عن ففى محكمة النقض فى رقابتها وهى أولا : مسألة الأثر اللارجعى للقوانن ، وهل ففعل بأحكام القانون الأجنبى ففى ولوعدل بقانون لافق نص ففى على أن له أثرا رجفعا ، وماذا ففكون الحكم اذا لم ففوجد مثل هذا النص ، ففهل تطبيق المبادئ الوطنفة فى الأثر اللارجعى ، أو ففؤخذ هنا بمبادئ القانون الأجنبى ؟ ثافا : مسألة وجود نزاع حول عدم دستورفة القوانن ، ففهل ففراقب ذلك المحاكم الوطنفة ، اذا كانت محاكم القانون الأجنبى فملك هذا الفقى ؟ ثافا : مسألة وجود ففناقض ففى القانون الأجنبى وففى معاهدة عقدتها تلك الدولة الأجنبفة ، فأى المبادئ واجبة التطبيق ؟ وقد أثار هذه المسائل العلامة Bartin وأورد لها حلولا بعد أن ففقلها ففمنا . راجع مؤلفه . ١ . ٢٩٥ — ٣٠٢ .

الداخلية^(١) . وأعطت المحكمة لنفسها حق رقابة تطبيق الشرائع الدينية المختلفة ، ولكنها لم تتعرض لتفسيرها .

١٧١ — فإذا كان تطبيق القانون الأجنبي حاصلًا بناءً على نصوص معاهدة دولية ، فإن هذه النصوص تعتبر جزءًا من القوانين الداخلية^(٢) ، ما دامت المعاهدة قد أصبحت نافذة بعد استيفاء الشروط المقررة في القانون الدولي العام ، وهي التوقيع والمصادقة وتبادل التصديقات ، وأحيانًا ، صدور قوانين داخلية قاضية بتنفيذها حتى تصبح ملزمة لجميع الأفراد . فإذا حصل خطأ في تطبيق نصوصها ، فتتبع أحكام الرأي الأول ، على خلاف فيه .

أما إذا كان تطبيق القانون الأجنبي حاصلًا بناءً على أحكام العادات ، فقد ذهب البعض إلى القول بأن العادة مصدر للقانون غير مكتوب ، فإذا أخطأ القاضي في تطبيقها فلا يمكن نقض حكمه . ولكن هذا الرأي غير معمول به .

(١) انظر حكم محكمة النقض المصرية الصادر في ٢١ يونيو ١٩٣٤ . مجلة القانون والاقتصاد . ٤ . ملحق العدد السابع ٢١٩ . وكذلك الحكم الصادر في ٢٤ يناير ١٩٣٥ . مجلة القانون والاقتصاد . ٥ . ملحق العدد الثالث .

(٢) ولا صعوبة في ذلك إذا كانت المعاهدة قد صدق عليها في شكل مرسوم أو قانون على حسب الأحوال (وهذا هو الغالب في مصر) إذ أنها ستعرض أمام المحاكم الوطنية بهذه الصفة ، ولذا تلزم بتطبيق أحكامها التي تشير بالأخذ بقانون أجنبي في الأحوال المنصوص عليها . ولكن موطن الصعوبة هو حالة عدم صدور المعاهدة في الشكل السابق ، فهل تلزم المحاكم مع ذلك بتطبيقها . والمسألة خلافية فأصحاب المذهب الثنائي dualiste أى مذهب التفرقة بين المعاهدة والنصوص الداخلية ، يقولون إن المحاكم الوطنية غير ملتزمة بتنفيذ أحكام المعاهدة في هذه الحالة ، ما دامت السلطة التشريعية لم تصدق عليها (انظر Anzilotti القانون الدولي ترجمة Gidel . ٤٠٣) أما أصحاب المذهب الموحد moniste فيقولون إن المعاهدة قوة أكبر وأعلى من قوة النصوص الداخلية ، فيجب تنفيذها من جانب المحاكم في جميع الأحوال . انظر حكم محكمة باريس ٢٨ يناير سنة ١٩٢٦ . سيرى ١٩٢٧ . ١٠٢ . وتعلق Niboyet . وكذلك رسالة Naurois . تولوز . ١٩٣٤ وموضوعها Les traités internationaux devant les juridictions nationales . 73 et suiv. وأيضا رسالة Chailley باريس . ١٩٣٢ ، ودروس Mestre في مجموعة لاهاي ١٩٣١ . ٢٣٣ .

الآن، لأن التفرقة التي يقول بها غير معقولة، ولا تتفق مع الواقع، ولذا كانت الراجح اعتبار قواعد العادات كالنصوص القانونية، فإذا حصل خطأ في تطبيقها جاز نقض الحكم، كما سبق أن بيناه.

المبحث الرابع

في

نظرية الأوصاف القانونية (التكييف)

١٧٢ — من المعلوم أن تطبيق قواعد تنازع القوانين قد يؤدي في الكثير من الأحيان الى تطبيق تشريع أجنبي، واستبعاد التشريع الوطني. وهذه النتيجة مخالفة لمبدأ اقليمية القوانين. ومعلوم أن الوصول الى تحقيقها معقود بتوافر شروط معينة تقررها قاعدة تنازع القوانين نفسها. وبيان ذلك أن هذه القاعدة تتكون من شقين: الأول، يبين مسألة التنازع، والثاني يبين الحل، الذي قد يكون مقتضاه الأخذ بأحكام تشريع أجنبي. ولا يهمننا الآن بحث الصعوبات التي تثار حول تنفيذ الشق الثاني — وان كنا قد بحثنا بعضها في المبحث السالف وما بقي سنعالجه في المبحث اللاحق — وانما نعرض هنا للصعوبات التي تثار حول تنفيذ الشق الأول، والمراد بها الصعوبات المتعلقة بالتكييف qualification. فإذا كان الشق الأول من القاعدة قد حوى مسألة الأهلية مثلا^(١)، أو مسألة الميراث (٧٧/٥٤ م. ا. م. م.) فمن الطبيعي أن يحصل التساؤل عن القانون الذي يرجع اليه في وصف العلاقة القانونية المتنازع فيها، لمعرفة ما اذا كانت حقيقة متعلقة بالأهلية أو بالشكل، بالميراث أو بالنظام المالي للزوجين. وأسارع هنا الى القول بأن الاجابة عن ذلك أثارت خلافات كبيرة منذ أواخر القرن الماضي. ففضل البعض، ورأيهم غالب، قانون القاضي^(٢)، وقال آخرون

(١) انظر المادة ١٣٠/١٩٠ م. ا. م. م.

(٢) انظر Bartin . ١ . ٢٢١ وما بعدها.

بالرجوع الى القانون الذي يحكم موضوع العلاقة^(١) ، وذهب تفر الى ضرورة استبعاد القانونين السالفين ، والركون الى الأفكار الخاصة التي يقضى بها القانون المقارن^(٢) . فاذا اتهمنا من وصف العلاقة القانونية وثبت لنا أنها داخلة في الأهلية أو في المواريث ، أمكننا بعد ذلك تنفيذ الشق الثاني من قاعدة التنازع ، أى الشق المبين لحكم الاسناد للقانون الأجنبي أو الوطنى على حسب الأحوال .

١٧٣ — والواقع أننا اذا قلنا مع الأغلبية بالرجوع الى قانون القاضى Lex fori فان معنى ذلك أن قواعد تنازع القوانين في كل تشريع تعتمد في تطبيقها على ما تقول به القواعد الموضوعية في ذلك التشريع . وغير خاف أن هذه القواعد الموضوعية وضعت في الأصل للفصل في الملائق القانونية الوطنية ، كما أن قواعد تنازع القوانين موضوعة لبيان القانون الواجب التطبيق من بين القوانين المختلفة التي تتنازع حكم علاقة قانونية ذات عنصر أجنبي . فالأصل فيها اذن أنها قواعد محايدة لا تشير بتطبيق قانون دون آخر الا بقصد تحقيق العدالة . وعلى ذلك ألا يعد خرقا لحيادها أن تعتمد مقدما في تطبيقها على النصوص الموضوعية الوطنية ؟ وربما كان من المفيد هنا أن أوجه الأنظار الى أن القضاء عند أخذه بهذا الرأي انتهى في الكثير من الأحوال الى تطبيق تشريعه موضوعيا . وهكذا أصبح اخضاع التكييف لقانون القاضى من ضمن الوسائل التي يعتمد عليها في استبعاد تطبيق التشريعات الأجنبية ، والعودة للتشريع الوطنى ، أو بعبارة أخرى الرجوع الى مبدأ اقليمية القوانين ، بمعنى تطبيق قانون القاضى^(٣) .

١٧٤ — وأول من وجه الأنظار الى بحث مسألة التكييف وأهميتها

(١) انظر مقال Clunet ، Despagnet — ١٨٩٨ — ٢٥٣ . Valéry . و ٥٥ . Surville .

١٦ نبذة ٩٠ .

(٢) انظر بحث Rabel المنشور مجلة القانون الدولى الخاص . ١٩٣٣ . ٢ — ٦٢ .

(٣) قارن دروس Lévy-Ullmann اليانس ١٩٣٤ — ١٩٣٥ . ٢٧١ .

كاتب ألماني يدعى Kahn وذلك في خلال القرن التاسع عشر^(١) ، ثم أعقبه في شرحها وبيانها ، في فرنسا العلامة Bartin^(٢) . ولكن أفكاره صادفت بعض المعارضة من جانب الاستاذ Despagne^(٣) . هذا من جهة الفقه^(٤) ، أما من جهة القضاء فإنه قد فصل في مسألة التكييف مرارا وتكرارا بغير أن يلمس وجه الصعوبة فيها ، بل جرى على حلها ، في الغالب ، على وجه ملائم ، بغير إثارة للضجة التي أقامها حولها الكتاب .

١٧٥ — ويراد بعملية التكييف تحديد الوصف القانوني أو الطبيعية القانونية لمعلاقة قانونية معينة أو للنظام القانوني institution الذي يتضمن تلك العلاقة^(٥) . وتكون عملية التكييف إذن عملية عقلية يقصد بها تحليل الوقائع أو التصرفات التي تعرض أمام القاضي ، وذلك للوقوف على الوصف الذي يعطيه إياها القانون . فالأشخاص والأشياء والتصرفات والإجراءات . . الخ قيمتها محدودة في وجودها من الوجهة المادية ، ولكن من الوجهة القانونية لا بد من وصفها حتى يمكن معرفة الحقوق أو الواجبات التي يتمتع بها أو يتحملها أشخاص معينون .

(١) وقد نشر بحثه في سنة ١٨٩١ في Iheringsjahrbücher . الجزء الثلاثين . ١٠ وأعيد نشره في 92 I. 1928. Abhandlungen Zum Internationalens Privatrecht .

(٢) في مقال نشره في Clunet . ١٨٩٧ على ثلاث مرات ، جمعها في كتابه . « Etudes de droit International Privé » 1899. 1 — 82 .

(٣) في مقال نشره في Clunet ١٨٩٨ . ٢٥٣ — ٢٧٣ . والغرض الأساسي من هذه الأبحاث هو معرفة إلى أي حد يمكن توحيد قواعد تنازع القوانين .

(٤) ولم يهتم الفقه الانجليزي بدراسة مسألة التكييف إلا أخيرا حيث ظهرت تحت اسم آخر Classification . انظر The British year book of international law . ١٩٣٤ نص محاضرة الأستاذ Beckett . كما بحث المسألة أيضا Chechire الأستاذ بجامعة أوكسفورد في كتابه الذي وضعه في سنة ١٩٣٥ في القانون الدولي الخاص . وكتب في الموضوع نفسه الأمريكي Lorenzen في مجلة القانون لجامعة كولومبيا . ١٩٢٠ .

(٥) وذلك وفقا للتعريف الذي أورده Bartin صاحب نظرية التكييف ، راجع مؤلفه .

وكان التكيف فى أول الأمر منصبا فقط على العلاقة القانونية *rapport de droit* موضوع النزاع ، ولكن أدرك العلماء فيما بعد ، أن التكيف لا بد أن يكون محله النظام القانونى الذى تدخل فى نطاقه العلاقة السابقة ، حتى يجرى صحيحا بعيدا عن الخطأ ^(١) .

وتحديد الوصف القانونى لمسائل تتازع القوانين أمر من الأهمية بمكان ، لأنه بغير ذلك لا يمكن تطبيق القواعد المتعلقة بها . فاذا رجعنا مثلا الى المادة ١٣٠/١٩٠ م . ا . م . وجدناها تقول بتطبيق قانون جنسية الشخص أو ديانتته على مسائل الأهلية المطلقة أو المقيدة . فيتجتم اذن لتطبيق هذا النص أن نتأكد أولا ، أن المسألة المعروضة أمام القضاء للفصل فيها ، هى مسألة متعلقة بالأهلية ، واىست بالشكل . وكذلك فان حق الارث فى منفعة الأموال الموقوفة يخضع لأحكام الشريعة المحلية أى الشريعة الاسلامية وفقا لأحكام المادة ٧٧/٥٤ م . ا . م . وكذلك لأحكام لأئحة ٧ صفر سنة ١٢٨٤ هجرية . فيلزمنا كى نطبق هذه الأحكام أن نتأكد أولا من أن المسألة متعلقة بمواريث ^(٢) ، واذا كانت كذلك فهل

(١) هذا هو مقتضى التعريف الأخير لعملية التكيف . انظر موسوعات القانون الدولى .
١ . تحت كلمة *qualification* . ونسوق المثل الآتى للدلالة على أهمية التفرقة بين تكيف العلاقة القانونية وحدها وتكيف النظام القانونى الذى يتضمنها برمتة . فاذا فرض أن زوجة انجليزية أو امريكية ، توجهت الى فرنسا ، فهل يحق لها بغير اذن زوجها أن تتعاقد ؟ اذا كيفنا العلاقة القانونية وحدها اتيننا الى أن المسألة هنا متعلقة بالأهلية ، ومن ثم تخضع ، وفقا للقانون الفرنسى لقانون الجنسية ، وقانون الجنسية هنا يبيح للزوجة التعاقد ، ولكن اذا كيفنا هذه العلاقة باعتبار أنها متعلقة بالنظام القانونى الخاص بمدى أهلية المرأة المتزوجة ، فانه يمكن القول بأن هذا النظام يرتكز على اعتبارات اجتماعية وعائلية ، مدارها ضرورة حماية أموال العائلة واحترام سلطان الزوج وتركيز ادارة الشؤون العائلية فى الزوج دون الزوجة . وعلى ذلك يمكن القول بوجوب تطبيق أحكام القانون الفرنسى بناء على الاعتبارات السابقة ، وظاهر تعلقها بالنظام العام . فالحل اذن يختلف باختلاف موضوع التكيف ، وظاهر فى هذا المثل أن حصول التكيف على الوجه الأخير يتهى بتطبيق القانون الوطنى أى القانون الفرنسى لو عرض الأمر أمام محكمة فرنسية . قارن بند ١٧١ من مؤلفنا .

(٢) ولسترسل فى ذلك مجازاة للفظ النص فقط اذ المعلوم أنه لا ارث فى منفعة الأموال الموقوفة .

الأرث متعلق بأموال موقوفة أو بأموال حرة ؟ عندئذ يمكننا أن نطبق الحلول الواردة في القواعد السالفة .

١٧٦ — ومما تقدم يمكننا أن نستخلص تيجتين هامتين : الأولى : أنه توجد في تشريع كل دولة ، قواعد وظيفتها تحديد الأوصاف القانونية للأشخاص والأشياء والتصرفات . . . الخ . ويطلق على هذه القواعد اسم قواعد التكييف *Les règles de qualification* . الثانية : أن تطبيق هذه القواعد سابق لتطبيق قواعد الاسناد ، أو بعبارة أخرى ، لا يمكن تطبيق الثانية الا بعد تطبيق الأولى . فالاتصال اذن بينهما وثيق ، لأن قواعد الاسناد تظل مجردة *abstraites* الى أن تبين لنا قواعد التكييف توافر شروط تطبيقها . وقد دعا ذلك البعض الى تشبيه قواعد التكييف بأنها بمثابة الزيوت اللازمة لادارة الآلات . والواقع أن تطبيق قواعد التكييف يعتبر خطوة أولى وتمهيدية لمعرفة ما اذا كانت العلاقة القانونية تخضع للقانون الوطني أو لقانون أجنبي ، وفقا لما تقول به قواعد الاسناد .

١٧٧ — ومن المشاهد أن قواعد التكييف تختلف باختلاف التشريعات .

فما هو معتبر من الشكل في بلد قد يعتبر من الأهلية في بلد آخر . فوفقا للتشريع الفرنسي (٩٩٩ مدني فرنسي) للفرنسيين الحق في الايصاء بورقة عرفية ، أي أن الوصية تعتبر صحيحة ما دامت مكتوبة كلها بيد الموصي *testament olographe* ، ولو تمت في الخارج^(١) . ووفقا للتشريع الهولندي لا يصح للهولنديين أن يكتبوا وصاياهم في هذا الشكل ، فان فعلوا ، ولو في الخارج ، كانت الوصية باطلة (المادة ٩٩٢ هولندي) . فاذا كتب هولندي وصيته في فرنسا وفقا للشكل العرفي وعرض النزاع بشأن هذه الوصية أمام محكمة فرنسية ، فانه يوجد في الحقيقة نوعان من التنازع ، تنازع قوانين فيما يتعلق بالقانون الذي يحكم الوصية موضوعيا وهل هو قانون بلد ابرام التصرف أو قانون جنسية الموصي . وتنازع في التكييف *conflit de qualification*

(١) ويقضى التبادل بالنسبة للأجانب أن تعتبر وصيتهم صحيحة اذا تمت في فرنسا وفقا لهذا الشكل (انظر المادة ٩٧ . م . ف . أيضا) . وهذا تطبيق لقاعدة *Locus* .

بالنسبة لطبيعة الوصية التي تمت بالطريقة السابقة . وهل تعتبر هذه الطريقة داخلة ضمن الشكل ، أو ضمن الأهلية ، باعتبار أن المقصود من المنع الوارد في القانون الهولندي حماية الموصى . أما بالنسبة لتنازع القوانين ، فالقانون الذي يحكم الوصية هو قانون الجنسية ، وفقا للتشريع الفرنسي ، وكذلك وفقا للتشريع الهولندي ، أى أن هناك اتحادا في قاعدة التنازع . ولكن ما هو القانون الذي يرجع اليه لتكييف المنع الوارد في القانون الهولندي ومعرفة هل هو متعلق بالشكل أو بالأهلية ؟ ظاهر أن صحة الوصية أو بطلانها يرتكز على الفصل في هذه المسألة ، فإذا طبقنا القانون الفرنسي في هذا النزاع ، فإنه يقرر أن المسألة هنا متعلقة بالشكل ، والقاعدة أن شكل التصرفات يخضع لقانون بلدا برامها *Locus regit actum* ، ومن ثم تعتبر وصية الهولندي صحيحة شكلا إذا ما تمت في فرنسا ، وهذا ما قضت به المحاكم الفرنسية^(١) . أما إذا عرض الأمر أمام محكمة هولندية فإنها تقضى على خلاف ذلك ، لأن منع الايضاء على الوجه المتقدم متعلق بالأهلية طبقا للقانون الهولندي ، أى أن النص القانوني المقرر له معتبر من النصوص المقصود بها حماية *protection* الأشخاص ، ولذلك يتبعهم في الخارج ، فيقضى ببطلان الوصية شكلا^(٢) .

(١) وقضاؤها في هذا الصدد قديم . راجع حكم استثنائي ٤ اغسطس ١٨٥٩ . سيرى . ١٨٦٠ . ٢ . ٣٧ . و ١١ يولي ١٨٨١ . سيرى ١٨٨٣ . ٢ . ٢٤٩ و ٢٠ يولي سنة ١٩٢٣ . Clunet . ١٩٢٤ . ٤٠٣ . وعكس ذلك ١٩ فبراير ١٩٢٧ . Clunet . ١٩٢٨ . ٩٠٧ . وتعليق من الأستاذ Perroud .

(٢) وقد تتعد الأمور أكثر لو أن الهولندي كتب وصيته في بلد آخر وفقا للشكل العرفي المقرر في تشريع هذا البلد ، فإن المحكمة الفرنسية تخضع التكييف لقانونها ، ولا ترجع في ذلك لا للتشريع الهولندي ولا لتشريع الدولة الثالثة . انظر Bartin . ١ . ٢٢٦ — ٢٢٧ . ونورد هنا مثلا آخر للدلالة على أهمية الاختلاف في التكييف . والمثل مستمد من القضاء الانجليزي . وتتلخص ظروف القضية في أن فرنسيا متوطنا في فرنسا ذهب الى إنجلترا وهو قاصر حيث تزوج من انجليزية بغير رضا والديه اللازم قانونا . فلما عرضت صحة هذا الزواج أمام المحاكم الفرنسية ، اعتبرت أن رضا الزوجين مسألة متعلقة بالأهلية ، فالزواج باطل . وحدث أن تزوجت المرأة الانجليزية بعد الحكم بطلاقها من انجليزي ادعى فيما بعد أنه لا يعرف بسبق زواجها من =

وإذا عرضت هذه المسألة في مصر فإنها ستعرض أمام المحاكم المختلطة ، لأن هولندا من الدول صاحبات الامتياز ، ولا يحتمل أن يحصل هنا تنازع في التكييف بين قانون القاضى المختلط والقانون الهولندى ، لأن القانون المختلط لا يحوى نصوصا منظمة للوصية لا من حيث الشكل ولا من حيث الأهلية . فالمفروض اذن أن القاضى المختلط سيقضى كما يقضى قاضى الأحوال الشخصية (وهو القاضى الهولندى) لو أن النزاع كان قد عرض عليه . وظاهر هنا أنه يقضى ببطلان الوصية ، لأن التكييف يحصل وفقا للقانون الهولندى ، الذى يعتبر أن المنع متعلق بالأهلية ، فيقول بذلك القضاء المختلط بدوره ، ومعلوم أن اختصاصه هنا تبعى لدعوى مالية أصلية .

١٧٨ — ولكن وفقا لآى قانون يتم تكييف العلائق والأنظمة القانونية؟ المفروض عند البحث عن هذا القانون وجود تنازع في التكييف مطروح أمام محكمة معينة ، كما اذا أريد مثلا معرفة طبيعة علاقة قانونية معينة ، هل هى شخصية أو مالية ، أو معرفة ما اذا كان حق الزوجة المقرر على بعض أملاك زوجها بعد وفاته أساسه النظام المالى أو حق الميراث ، أو هل استيلاء الحكومة على أموال من لا وارث له يحصل بناء على اعتبارها وارثة فى هذه الحالة ، أو مالكة للأموال غير المملوكة . فالمراد اذن هو الوقوف على القانون الذى يرجع اليه لتحديد هذه الأوصاف من بين القوانين المختلفة التى لا تتحد فى تكييفها أحيانا .

١٧٩ — تقول الأغلبية العظمى من رجال الفقه والقضاء ، وكذلك قرارات المؤتمرات العامة (كؤتمر لاهاى سنة ١٩٢٥) والمعاهدات أن القانون

— فرنسى ، فطالب بالطلاق منعا لتعدد الأزواج . فحكمت به المحكمة الانجليزية معتبرة أن الزواج الأول مازال قائما ، لأن رضا الوالدين مسألة متعلقة بالشكل . وقد تم الزواج صحيحا وفقا للشكل الانجليزى . والقضية معروفة باسم Ogden. v. Ogden وتجدها مشروحة فى مؤلف الكاتب الانجليزى Hibbert . ٢٧٦ . ولا يمنع هذا التنازع مطلقا أن يعرف القانون الانجليزى تقسيم الأشكال الى أشكال خارجية وأشكال متممة للأهلية formalités habilitantes ، اذ يكون التنازع على ما يوضع فى كل من التقسيمين . راجع دروس Lóvy-Ullmann . ١٩٣٥ . ٢٦٩ .

المختص هو قانون القاضى . ولكن مع ذلك قام الخلاف بينهم على التعليل . فيقول Bartin^(١) ان السماح بتطبيق القوانين على الأراضى الوطنية إنما يحصل بناء على رغبة المشرع الوطنى التى أظهرها فى قواعد تنازع القوانين . ومؤدى ذلك أنه يتنازل عن سيادة قوانينه لمصلحة القوانين الأجنبية التى تسود فى بلاده ، سواء كان هذا التنازل أساسه رغبته فى تقرير العدالة والتزامه بذلك ، أو مجرد المجاملة الدولية . على أن الوصول الى تطبيق هذه القوانين الأجنبية يجب أن يكون مسبقا بتكييف الأنظمة القانونية ، ولا يتصور أن يترك المشرع مسألة خطيرة كهذه متعلقة بالسيادة لحكم أى قانون أجنبى . فكما أن قواعد تنازع القوانين فى كل دولة قواعد وطنية ، كذلك قواعد التكيف وطنية بحتة ، وذلك للاتصال الوثيق بينهما ، فإذا أخضع المشرع فى بلد ما الأهلية مثلا لقانون جنسية الشخص ، فتحدد معنى الأهلية لا بد أن يكون من اختصاص المشرع الوطنى لا من اختصاص المشرع الأجنبى ، والقول بعكس ذلك^(٢) يؤدى الى استبدال قواعد تنازع القوانين الوطنية بقواعد أخرى أجنبية ، اذ قد تشمل الأهلية فى القانون الأجنبى مسائل أخرى لا يعرفها ولا يقرها القانون الوطنى ، بل قد يقول هذا الأخير بخضوعها لقانون آخر باعتبار أنها متعلقة بالشكل مثلا .

هذا هو التعليل الذى قال به Bartin وظاهر أنه مرتكز على فكرة السيادة الوطنية . وهذه الفكرة ، علاوة على غموضها ، فإنها لا تهض وحدها أساسا لتقرير الحلول فى مسائل تنازع القوانين ، لذلك اقترح الأستاذ Arminjon^(٣) تعليلا آخر ملخصه أن قواعد التكيف تعتبر بمثابة اطار Cadre

(١) انظر مؤلفه ١ . ٢٢٧ وما بعدها . ومقال « Conflits entre les lois française » Niboyet . نبذة ٢٢٠ .

(٢) وهناك من يقول بضرورة الرجوع الى القانون المقارن ، أو بعبارة أخرى الأخذ بما يقصد بالأهلية فى العالم المتمدين . راجع مقال Rabel السابق الإشارة اليها . ٢٣ .

(٣) وعند الأستاذ أن تنازع القوانين بعيد عن أن يكون تنازعا بين السيادات ، ويعتبر أن أساس تطبيق قواعد تنازع القوانين هو تحقيق العدالة مجردة عن كل اعتبار متعلق بالسيادة انظر مؤلفه ١ . ١٣٤ وما بعدها .

لكل القواعد القانونية الأخرى^(١) ، لأنها تحدد معنى الأشخاص والأشياء والعلائق القانونية والحقوق والالتزامات ، ويكون من التناقض البحت أن نسمح بالتغيير والتبديل فيها كلما كانت العلاقة القانونية ذات عنصر أجنبي ، إذ المال الواحد قد يعتبر منقولاً أو عقاراً في نظر تشريعين مختلفين ، فالأولى إذن أن يكون له طبيعة واحدة ، رغبة في تحقيق العدالة على وجهها الكامل ، ولا يتم ذلك إلا بتطبيق قانون القاضي دائماً^(٢) .

وبجانب التعليلين النظريين السابقين يوجد تعليل عملي آخر ، وأساسه أنه لا يمكن الوصول إلى معرفة القانون الذي يحكم العلاقة القانونية المعروضة أمام القاضي إلا إذا عرفت طبيعتها ، فالتكييف إذن سابق للاسناد ، فكيف يمكن تصور تطبيق القانون الأجنبي ، ولم تقف بعد على طبيعة العلاقة القانونية ؟ ألا يعد تطبيق القانون الأجنبي هنا من قبيل التنبأ السابق لأوانه ، أو ما يسمى بالمصادرة على المطلوب *pétition de principe*^(٣) ؟ ونسوق هنا مثلاً عملياً لبيان ما تقدم ، يقرر القانون الكندي أن الطلاق بين الزوجين لا يتم إلا بتصريح من البرلمان *private bill* ولا يعترف بالطلاق الذي يتم على وجه آخر . فهل النص المقرر لهذا المنع متعلق بالشكل أو بالموضوع ؟ لما عرض الأمر أمام المحاكم الفرنسية وصفته بأنه متعلق بالاجراءات مع أنه من المقرر أن المسائل المتعلقة بالطلاق

(١) سواء كانت قواعد موضوعية بحتة أو قواعد اسناد . انظر *Pillet-Niboyet* . ٤٩٩ و ٥٠١ حيث يقرر أن التنازع بشأن التكييف أكثر أهمية من التنازع بين قواعد تنازع القوانين ، لأن هذه الأخيرة تتشابه في الغالب بخلاف الأولى . فاختصاص التكييف لقانون القاضي فيه تبسيط كبير للأمور ، ولكن هل فيه تحقيق تام للعدالة ؟ هذا ما يتنازع فيه البعض . راجع مقال *Rabel* . ٢٠ وما بعدها .

(٢) انظر عكس ذلك مقال *Despagnet* السابق الإشارة إليه . ٢٦١ — ٢٦٢ . ويقول باختصاص التكييف للقانون الذي يحكم العلاقة من حيث الموضوع .

(٣) انظر *Arminjon* . ١ . ١٣٦ حيث يقرر صعوبة اسناد علاقة لم يتم تكييفها قانوناً لحكم قانون أجنبي . وانظر *Pillet* . ١ . نبذة ١٢٧ . ومؤلف *Donnedieu de Vabres* "L'évolution de la jurisprudence française en matière de conflits des lois," 596.

تخضع لقانون الجنسية لتعلقها بالحالة ، ولكن تكييف مسألة الحصول على التصريح يتم وفقا لقانون القاضى . وعلى ذلك أصبح الكنديون الذين ينزحون الى فرنسا فى حل من الاجراء السالف^(١) . وفى ذلك ما يظهر مقدار تأثير قواعد التكييف فى موضوع الحقوق . ومن الممكن أن تقرب هذا المثل من وصية الهولندى التى بحثناها من قبل .

١٨٠ — على أن الأستاذ Bartin^(٢) وهو صاحب نظرية التكييف أضاف قيودا لتطبيق قانون القاضى ، نلخصها فيما يلى :

أولا : أنه اذا أدى تطبيق قواعد التكييف وقواعد الاسناد فى قانون القاضى الى اخضاع العلاقة القانونية الى حكم قانون أجنبى ، فان التكييفات اللاحقة كلها تخضع لهذا القانون . فاذا وصفت مسألة بأنها متعلقة بالأهلية ، وخضعت لقانون أجنبى معين ، فهذا القانون هو الذى يحدد لنا متى يعتبر الشخص بالغاً ومتى يعتبر قاصراً ، كذلك يحدد لنا معنى الحجر والسفه . ووفقا لما تقدم ، فان المادة ٩٩٩ فرنسى تجيز للفرنسيين عمل وصية فى الخارج بالشكل الرسمى ، فتحدد هذا الشكل متروك لتشريع البلد الذى تمت فيه الوصية .

ثانيا : أنه اذا كان تطبيق قواعد التكييف والاسناد فى قانون القاضى يخضع العلاقة المتنازع فيها لحكم قانون ارادة المتعاقدين ، واختار المتعاقدان قانونا أجنبيا ، فان هذا القانون هو الذى تتبع أحكامه بالنسبة للأوصاف اللاحقة . فاذا أريد مثلا وصف حادثة هل هى شرط أو أجل ، أو معرفة هل هناك تضامن كامل أو ناقص ، ايجابى أو سلبى . . الخ فيرجع فى كل هذا الى القانون الأجنبى ، لانه اذا كانت سيادة الدولة قد سمحت بتطبيق قانون أجنبى فلا محل

(١) وقد اتبع نفس الحل بالنسبة لليهود النمساويين . نقض ٢٩ يولييه ١٩٢٢ . دالوز . ١٩٢٥ . ١ . ١٢٧ . و Pillet-Niboyet . ٥٠٤ وظاهر انه يوجد هنا اتحاد فى قاعدة تنازع القوانين واختلاف أو تنازع فى التكييف .

(٢) مؤلفه . ١ . ٢٣١ وما بعدها . ومقال Rabel . ٢٠ وما بعدها . و Arminjon . ١٤١ . ١ وما بعدها .

بعد ذلك الرجوع الى القانون الوطنى .

ويلاحظ مما تقدم أن مسائل التكييف لا تسبق فقط تطبيق قواعد تنازع القوانين ، بل تستمر فى الدعوى حتى تصبح صالحة تماما للحكم ، وأكثر الأوصاف أهمية السابق منها لتطبيق قواعد تنازع القوانين .

وإذا تأملنا فى الاستثنائين السابقين ، وكذلك فى الملاحظة الأخيرة وجدنا أن الاستثنائين لا يتعلقان بقواعد التكييف المعروفة فى القانون الدولى الخاص ، اذ العبرة كما قلنا بالتكييف السابق للاسناد ، والحال هنا يخالف ذلك ، ويكون الاستثناء الثالث الذى قال به الاستاذ هو الاستثناء الحقيقى ، وموضوعه أن وصف المنقول أو العقار متروك لقانون موقعه . فإذا كان تشريع هذا الموقع يقول بأن المنقول يصبح عقارا بالتخصيص أو عقارا خالصا ، مع أن قانون القاضى لا يعطيه هذه الصفة ، فالعبرة بالتشريع الأول ، لأن نظام الأموال عليه عماد الطائفة فى المعاملات سواء بالبيع أو بالرهن . ولهذا كان من الأفيد تحقيقا لهذا الغرض ، أن يترك تحديد صفة الأموال ، وتحديد صفة الحقوق التى يمكن أن تترتب عليها لقانون موقعها . وينازع الأستاذ Niboyet ، مع ذلك فى صحة هذا الاستثناء من الوجهة الفقهية .

وعنده أنه اذا كان تشريع معين يجعل الميراث فى المنقولات خاضعا ، لقانون الوطن ، فاذا فرض وأن وجدت أموال المتوفى فى بلد آخر ، فلماذا يرجع الى قانون هذا البلد لتحديد صفة المنقول والعقار ، ألا يعتبر ذلك اعتداء من جانب القانون الأجنبى على تطبيق قاعدة تنازع القوانين الوطنية ، التى قلنا ان مداها وتفسيرها من اختصاص القاضى نفسه ؟ ويترتب على الأخذ بالرأى السالف أن قانون الوطن قد ينطبق لتوريث أموال يمكن أن تعتبر عقارات وفقا لقانون القاضى مع أنها منقولات وفقا للقانون الأجنبى ^(١) وهكذا يصبح تطبيق قاعدة الاسناد

(١) كما يصح أن يحصل العكس ، بأن تعتبر الأموال منقولات وفقا لقانون القاضى مع أنها عقارات وفقا لقانون الموقع ، ومثال ذلك أسهم بنك فرنسا فانها تعامل معاملة العقارات فى =

الوطنية عجيبا .

وبجانب الاستثناءات السالفة توجد أحوال أخرى لا يرجع فيها الى قانون القاضى لتكييف العلائق القانونية ، ويتحقق ذلك في حالة وجود معاهدة ملزمة لحصول التكييف وفقا لقانون آخر خلاف قانون القاضى . وقد رأينا أن القضاء الباجيكي قال بذلك بمناسبة تطبيق اتفاقية لاهاى سنة ١٩٠٢ بالنسبة للألمان الهارين من الخدمة العسكرية اذا ما أرادوا الزواج . وهذا الاستثناء اتفاقى ، وقد عرفنا أنه لا مناص من تنفيذ شروط المعاهدة ^(١) .

كما أنه من الممكن تصور وجود استثناء آخر في حالة ما اذا كان النظام القانونى المطلوب وصفه وصفا قانونيا مجهولا في تشريع القاضى ، كنظام المهر ^(٢) مثلا المعروف عند المسلمين دون غيرهم . ونظام ال Trust المعروف في إنجلترا ، فكيف توصف هذه العلاقة لو أن تنازعا بشأنها رفع الى المحاكم الفرنسية ؟ يفتى الأستاذ Arminjon بوجوب البحث عن نظام قانونى مشابه في تشريع القاضى ، وعندئذ يمكن اجراء عملية الوصف القانونى فبالنسبة للمهر يعتبر أن النزاع متعلق بالنظام المالى للزوجين . ويرى آخرون اتباع القانون الأجنبى أى القانون الانجليزى مثلا في التكييف ^(٣) .

١٨١ — وتكييف الأنظمة القانونية له أثر كبير في التشريع فى مسائل تنازع القوانين . وبيان ذلك أن بعض التشريعات تخضع مسائل الأحوال

= فرنسا ولكن لا يمكن أن تعتبر كذلك وفقا للقانون الأمريكى . انظر Pillet-Niboyet . ٥٠٩ ويسير القضاء الفرنسى على عكس ذلك ، وأشهرها حكم النقض المنشور في سيرى ١٨٨٩ . ٣٨٧ . ١

(١) راجع . ٦٨ من مؤلفنا وهامش (١) . ولا يخفى أن هذه المسألة قد أثارت الخلافات . وكذلك Pillet-Niboyet . ٥١٦ وما بعدها . وفي المعاهدة المصرية الألمانية سنة ١٩٢٥ نصوص مقررة لبعض التعاريف . وهذا أمر نادر في المعاهدات ، ويقصد به منع الخلاف في المستقبل . انظر أيضا اتفاقات لاهاى .

(٢) انظر مؤلف ابى هيف بك . ٢٨٨ و Arminjon . ١ . ١٤٤ . ودروس Lévy-Ullmann . ١٩٣٥ . ٢٣٤ .

(٣) انظر Lévy-Ullmann المرجع السابق في هامش ٢ .

الشخصية لقانون الجنسية ، بينما يخضعها البعض الآخر لقانون الوطن . فاذا بحثنا عن السر الحقيقي لهذا الاختلاف وجدنا أنه متعلق بالتكييف ، اذ أن الدول الأولى تكيف مسائل الأحوال الشخصية باعتبار أنها أنظمة ذات صبغة سياسية راجحة فنخضعها لقانون الجنسية . وفي الدول الأخرى تكيف مسائل الأحوال الشخصية بأنها ذات صبغة مدنية أظهر فلذلك يطبقون بشأنها قانون الوطن ، لأن الوطن مركز حياة الشخصية المدنية . كما أن أغلب التشريعات (إنجلترا وفرنسا مثلا) تجعل المواريث في العقارات خاضعة لقانون موقعها ، بينما ألمانيا وپولونيا ومصر تخضعها لقانون جنسية المتوفى . فقاعدة تنازع القوانين في هذه التشريعات مختلفة ، فلم ذلك ؟ يرجع السبب الى أنهم في الدول الأولى يكيفون مسائل المواريث بأنها مسائل متعلقة بالأرض ، متصلة بنظم الملكية العقارية قبل كل شيء ، فالقوانين بشأنها اقليمية ، أما في الدول الأخرى فانهم يعتبرونها أكثر ارتباطا بنظام العائلة ، ولذلك يخضعونها للقانون الذي يحكم العلائق العائلية ، وهو قانون جنسية الأشخاص طبقا لتشريعات هذه البلاد .

وظاهر مما سبق أننا لو سلمنا جدلا بإمكان توحيد قواعد تنازع القوانين في العالم المتمددين ، وهذا هو الغرض الذي تسعى الى تحقيقه المؤتمرات والاتفاقات الدولية ، لما أمكننا مطلقا أن نصل الى اتحاد في حلول القضايا ذات العنصر الأجنبي ، وذلك تبعا لاختلاف قواعد التكييف^(١) فقد رأينا أن المسألة تعتبر من الشكل في بلد ومن الأهلية في بلد آخر . كما يمكن أن يعتبر الشخص متوطنا في بلد وفقا لقانون معين مع أنه يعتبر غير متوطن فيها وفقا لقانون بلد آخر . وكذلك فان الشخص قد يعتبر وارثا في تشريع بلد وموصى اليه في تشريع بلد آخر . وعلى هذا القياس يمكن أن تكون الورقة تجارية (كبيالة مثلا) في مصر ومجرد سند عادي في إنجلترا . وهكذا

(١) ومن المشاهد أن هذه الخلاقات موجودة بشكل واضح فيما يتعلق بقانون الأشخاص

. Le droit de la personne

فانه رغم اتحاد قواعد تنازع القوانين ، فان الاختلاف في التكييف يؤدي حتما الى اختلاف الحلول ، فيجب اذن الاتحاد على التكييف مبدئيا . ولكن الوصول الى هذه النتيجة أمر عسير . واذا كانت الدول قد أُنقِشت عشرات السنين للاتفاق على بعض قواعد تنازع القوانين ، فانه لا بد أن تمضي أجيال عديدة حتى تتحد التشريعات الداخلية في كل البلاد بالنسبة لجميع الأنظمة والقواعد القانونية ، وهذا ما يسعى الى تحقيقه علم القانون المقارن بخطواته البطيئة ولكن دون ذلك خرط القتاد ^(١) . وربما كان الاختلاف في التكييف من أهم الأسباب التي دعت الدول الى نقض اتفاقات لاهاي ^(٢) .

ويثبت ما تقدم ، أنه من المحتمل أن يوجد اتحاد في قاعدة تنازع القوانين مع وجود تنازع في التكييف ^(٣) .

١٨٢ — ومشكلة التكييف ، وان كانت تعرض في أوروبا كثيرا بالنسبة لمسائل الأحوال الشخصية ، اذ تختلف فيها وجهات النظر اختلافا كبيرا ^(٤) ،

(١) كما أنه يلاحظ أننا اذا وصلنا الى هذا التوحيد فانه لا يوجد عندئذ داع لتطبيق قواعد تنازع القوانين ، اذ من المعلوم أن هذه القواعد انما تنطبق لوجود التنازع بين الأحكام الموضوعية في التشريعات المختلفة .

(٢) وأقصد بذلك الإشارة الى اتفاقات لاهاي التي تمت في ١٢ يونيه سنة ١٩٠٢ بشأن الزواج ، اذ نص فيها على أن الحق في عقد الزواج Le droit de contracter mariage ينظمه قانون الجنسية . ولكن لم يمنع ذلك قيام الخلاف بين ألمانيا وبلجيكا وفرنسا بشأن زواج بعض الألمان الهارين من الخدمة العسكرية اذ لا بد لهؤلاء من الحصول على اذن لصحة زواجهم فهل الاذن هنا اداري أى متعلق بالقانون العام أو مدني متعلق بالقانون الخاص ؟ وقد انتهى هذا الخلاف بنقض هذه الاتفاقات من جانب الدول الثلاث . انظر مؤلفنا ٦٨٠ . هامش (١) وحكم النقض البلجيكي ١١ يونيه ١٩١٤ .

(٣) كما هي الحال في وصية الهولندي وسنري فيما بعد أنه يحتمل وجود تنازع بين قواعد الاسناد ، وان هذا النوع الأخير هو السبب في نشوء نظرية الاحالة .

(٤) وقد يكون من المفيد هنا أن نشير الى ما حصل في تركيا اذ أخذت بالقانون السويسري حتى في المسائل المتعلقة « بالأشخاص » وذلك يقلل كثيرا من حجة القائلين بصعوبة توحيد القواعد الموضوعية في هذا النطاق ، نظرا لاختلاف التقاليد . وكذلك حصل بعد =

فان نطاقها محدود فى العلائق المالية ، اذ تتفق التشريعات فى الغالب على الأوصاف فيها ، وعلى الأخص التشريعات اللاتينية ، وذلك لكونها مستمدة من القانون الرومانى ^(١) . وقد أدى هذا التشابه الى أن دولتين من الدول العظمى ، وهى فرنسا وإيطاليا ، فكرتا فى توحيد تشريعهما الخاص بالالتزامات . وقد اجتمعت لجنة مؤلفة من بعض كبار رجال القانون فى الدولتين ، وانتهت هذه اللجنة الى وضع مشروع يعرف باسم المشروع الايطالى الفرنسى للالتزامات . ولكنه لم ير التنفيذ بعد ^(٢) .

١٨٣ — أما فى مصر فمشكلة التكييف تعرض كثيرا بمناسبة تحديد الاختصاص الداخلى . ومن المعلوم أن الخلاف قائم حول تحديد معنى بعض الاصطلاحات ، ومثال ذلك « أهالى » و « أصل الوقف » و « الأحوال الشخصية » ^(٣) . ولكن فى مسائل تنازع القانون الدولى ، فان الاختلاف على التكييف محدود . والعلة فى ذلك ترجع الى عدم وجود قانون وطنى يمكن أن ينازع القوانين الأخرى التكييف . هذا من جهة ، ومن جهة أخرى ، فانه ليس هناك هيئة مختصة بنظر مسائل الأحوال الشخصية ، وهى المجال المعتاد للتنازع فى التكييف . ولكن لما كانت المحاكم المختلطة تفصل فى بعض الأحيان فى مسائل داخلية ضمن الأحوال الشخصية ، بصفة فرعية على الأخص ، فقد سنحت لها الفرصة فى أن تفصل فى المسائل التى يثيرها التنازع فى التكييف ،

انضمام الازراس والورين الى فرنسا أن طبقت فيها بعض التشريعات الفرنسية المتعلقة بالنظام المالى للزوجين وهى مخالفة تمام المخالفة للتشريع الألمانى الذى كان سائدا من قبل ، ولم يعترض أحد .

(١) ومن المفيد أيضا أن نوجه النظر هنا الى ما هو حاصل فى ألمانيا بعد النظام الهتلرى ، اذ قد اضمحلت دراسة القانون الرومانى فيها رغبة فى احياء دراسة النظم الجرمانية القديمة وسينتهى ذلك فى المستقبل القريب الى تعديلات تشريعية كبيرة فى ألمانيا مما يضعف الأمل فى حركة التوحيد التى يسعى الى تحقيقها القانون المقارن .

(٢) وربما كان للاعتبارات السياسية دخل كبير فى عدم نفاذه حتى الآن ، وهذا ما فهمناه من أحد أعضاء اللجنة الأستاذ Henri Capitant بكلية حقوق باريس .

(٣) أبو هيف بك « المرافعات المدنية والتجارية » ١٩٢١ . ١٤١ وما بعدها .

فقررت أن التكييف يتم وفقا لقانون القاضى .

وهذا ما حكمت به محكمة الاستئناف المختلطة^(١) فى قضية البرنس محمد جمال الدين وقد تزوج من انجليزية فى لندن سنة ١٩٢٣ وفقا للشكل المقرر فى القانون الانجليزى لزواج الأجانب . فلما أتى الزوجان الى مصر حصل أن دب بينهما ديب الخلاف فطلق البرنس زوجته ، فتزوجت هذه عقب ذلك من عضو آخر من أعضاء الأسرة المالكة المصرية . وبعد فترة وجيزة من هذا الزواج ، قتلت فى حادثة سيارة . فطالب ورثتها فى إنجلترا بتنفيذ الاتفاق الذى كان قد تم بين الزوجين ، ومقتضاه أن يعطى الزوج لزوجته كل عام ٣٠٠٠ جنيه مدة عشر سنوات ، ويدفع هذا المبلغ من تركته اذا توفى قبل فواتها ، وكان قد اشترط صراحة فى الاتفاق أنه محكوم بالقانون الانجليزى . فاعترفت المحكمة بمشروعية المشارطة رغم أن القانون الواجب التطبيق وفقا للمادة الرابعة مدنى مختلط هو قانون جنسية البرنس ، أو بعبارة أخرى الشريعة الاسلامية التى هى فى الوقت نفسه قانون موطن الزوجية^(٢) ، لأن الزوجة حضرت مع زوجها الاقامة فى مصر عقب الزواج مباشرة .

ومن النقط التى أثارت الخلاف فى هذه القضية ، أن الورثة أرادوا أيضا الاحتفاظ بالمجوهرات الثمينة التى قدمها الزوج الأول لزوجته ، ولكن نازع فى ذلك الزوج وطالب باستردادها معتمدا فى ذلك على أن القانون الانجليزى يبيع للزوج أن يقدم لزوجته ما يلزم لظهورها فى المجتمع بشكل يتفق وكرامة الزوج pin money ، وذلك على سبيل العارية تقريبا^(٣) . وقال محامى الورثة بأن هذه المجوهرات قد قدمت على سبيل الهبة التى تصح بين الزوجين وفقا للشريعة الاسلامية .

(١) والحكم منشور فى م . ت . م . ٣٨ . ٤٧٧ .

(٢) وحكمة الاشارة الى قانون موطن الزوجية هى أن المحاكم جرت على اعتبار أن هذا القانون هو الذى يحكم المشارطات المالية بين الزوجين عند عدم الاتفاق صراحة .

(٣) فلا يصح لمثل الزوجية (أى ورثتها الآخرين) أن يطالبوا بهذه الأشياء بعد وفاتها .

فلو كيفنا هذه العلاقة وفقا للقانون الانجليزى فانها تعتبر داخلة ضمن النظام المالى للزوجين ، ومن ثم يجب على الورثة الرد عملا بهذا القانون . أما اذا كيفنا هذه العلاقة بأنها هبة بين الزوجين^(١) ، فانها تخضع للشريعة الاسلامية فتعتبر صحيحة ، ولا يصح الرجوع فيها ولا استردادها ، وهذا ما قالت به محكمة الاستئناف المختلطة ، دون أن تشير الى الصعوبات والخلافات بشأن نظرية التكييف .

وألفت النظر الى أنه فى الخلاف الخاص بضرورة دفع مبلغ معين للزوجة كل عام ، لا يوجد نزاع فى التكييف ، فالقانون المصرى كالقانون الانجليزى يعتبر أن المسألة متعلقة بالنظام المالى للزوجية ، وللزوجين الحق فى الاتفاق على القانون الذى يحكم علائقهما المالية . فما فعلته المحكمة هو أنها كيفت هذا الاتفاق وفقا للقانون المختلط ، فقالت بصحته . وأما من حيث الخلاف الخاص بالجوهرات فهنا يوجد تنازع فى التكييف بين القانونين المصرى^(٢) والانجليزى على الوجه الذى يبينه ، أى أن التنازع بين القوانين (الموضوعية) مسبوق بتنازع فى التكييف بين هذه القوانين . وعلى العكس من ذلك فانه قد يوجد التنازع بين القوانين ولا يوجد تنازع فى التكييف .

١٨٤ — والواقع أن مشكلة التكييف فى مصر أكثر تعقيدا منها فى سائر البلاد الأخرى . وبيان ذلك أن مصر بلد ذات نظام قانونى مركب ، أى أنه تسود فيها جملة أنظمة قانونية ، بعضها شخصى ، وبعضها اقليمى ، ومنها ما يحكم العلائق القانونية الخاصة بالأشخاص وهى النظم الدينية ، ومنها ما يحكم العلائق القانونية الأخرى ، وهى النظم الوضعية . فلا يوجد اذن نظام واحد لحكم جميع العلائق على اختلاف أنواعها ، أو بعبارة أخرى ، لا يوجد قانون مصرى واحد يسود فى مصر فيحكم جميع العلائق القانونية بالنسبة للمصريين ، ويبين الحكم الواجب الاتباع بالنسبة للعلائق القانونية ذات العنصر الأجنبى . فاذا قلنا فى

(١) وذلك باعتبار أن التكييف يتم وفقا للشريعة الاسلامية شريعة الزوج . انظر بند ١٨٤ .

(٢) والمقصود الشريعة الاسلامية .

مصر بموجب الرجوع الى قانون القاضى فيما يتعلق بالتكييف، فإنه يحصل التساؤل عن أى قانون ؟ نعم انه من المعتول أن يكون هذا القانون هو القانون المختلط بالنسبة للعلائق التى تدخل فى نطاقه، أى أن هذا القانون هو الذى يرجع اليه فى تكييف العلائق التى لها نظير أو شبيه فى نصوصه، أما ماعدا ذلك من العلائق التى تخرج عن نطاقه فلا يمكن الاستعانة به فى تكييفها اذ لا توجد نصوص فيه بهذا المعنى . وعلى ذلك، فإنه فى كل مرة يكون النزاع بطبيعته خارجا، فى الأصل، عن اختصاص المحاكم المختلطة، ولكنها تنظره مع ذلك بطريقة تبعية، فعليها أن تتبع التكييف الذى يقول به قانون الجهة المختصة، فى الأصل، بالفصل فى هذه العلاقة، ومعرفة ما اذا كانت وصية أو ميراثا مثلا^(١). وهذا المسلك الذى نشير به متفق تماما مع القول بضرورة تطبيق قانون القاضى فى التكييف، اذ المفروض وجوب رفع النزاع فى الأصل أمام قاضى آخر خلاف القاضى المختلط.

على أنه يظهر من لغة بعض^(٢) الأحكام المختلطة، أنها عند تكييفها للعلائق المتعلقة بالأشخاص تعتمد على الطريقة المقارنة، أى أنها لتحديد ما يدخل فى الأهلية أو فى المواريث أو فى النظام المالى للزوجية تأخذ بالمعاني والأوصاف المقر عليها فى العالم المتمدين دون التقيد بتشريع معين، الا أنه فيما يتعلق بالمصريين فإنه من المشاهد كثيرا رجوع القضاء فى مسائل التكييف الى الشريعة الاسلامية باعتبار أنها الشريعة الغالبة، والشريعة العامة فى مسائل الأحوال الشخصية، لذلك كان من الطبيعى أن تستمد منها التعاريف^(٣).

(١) انظر جازيت ١٨ . ٣٣ . ويمكن القول بأن المحاكم المختلطة تكييف جميع العلائق القانونية من حيث دخولها فى اختصاصها أو خروجها عن هذا الاختصاص . قارن بند ٢٠٠ .

(٢) انظر م . ت . م . ٣٥ . ٢٧٧ و م . ت . م . ٣٥ . ٢٩٣ و م . ت . م . ٤٣ . ١٣٤ و م . ت . م . ٤٧ . ٣٤٤ .

(٣) واذا اعتبرنا النظم الأجنبية التى تطبقها المحاكم الفئصلية جزءا من النظام القانونى المصرى المركب، كان من اللازم اذن على هذه المحاكم أن تكييف العلائق القانونية وفقا للشريعة الاسلامية فى مسائل الأحوال الشخصية ولم تقل المحاكم الفئصلية بذلك أصلا .

ومما هو جدير بالملاحظة هنا أيضا أن القضاء من الأهلى والمختلط على اتفاق فى أن كل ما يتعلق بالمال يرجع فيه الى قانون الموقع^(١). وقد قال بذلك القضاء المختلط مرارا فيما يتعلق بالحقوق العينية التى يمكن أن تترتب على العقارات المصرية، كما قال به، بعد خلاف، فى حق الرهن القانونى للمرأة المتزوجة على عقارات زوجها، وهو حق مقرر بموجب بعض التشريعات الأوروبية، وكذلك فيما يتعلق بعدم التصرف فى أموال الدوطة، المقرر أيضا بنصوص تشريعية أجنبية^(٢). وقالت بنفس الرأى محكمة النقض المصرية^(٣) بالنسبة للحقوق المؤبدة التى يمكن أن تترتب على عقار عن طريق غير طريق الوقف، فقررت بطلانها.

١٨٥ — وفى النهاية، فانى أوجه النظر الى أن تطبيق نظرية التكييف على الرأى الغالب يفترض دائما سبق حصول نزاع مرفوع الى محكمة معينة حتى يتيسر بذلك تطبيق قانون القاضى، والا فان الفتوى تصبح غير ممكنة فى العلاقة القانونية ذات العنصر الأجنبى نظرا للعلاقة الوثيقة بين التكييف والاسناد كما قدمنا. فالمقصود من التكييف اذن هو ادخال العلاقة القانونية أو النظام القانونى الذى يتضمنها ضمن حالة من أحوال تطبيق القانون الأجنبى أو الوطنى على حسب الأحوال^(٤).

المبحث الخامس

فى

نظرية الاحالة Le Renvoi

١٨٦ — ربما تصورنا انتهاء الصعوبات، اذا ما انتهينا من تكييف العلاقة

(١) انظر م. ت. م. ١٤٠ ٨٦٠ و م. ت. م. ١٠٠ ٣٤٠.

(٢) وهذا مسائل سنبحثها بإيضاح واف فيما بعد.

(٣) مجلة القانون والاقتصاد ٤. ملحق العدد السابع ٢١ يويه سنة ١٩٣٤. ٢١٩.

(٤) وقد رأينا أن القوانين التى يمكن أن تتنازع حكم العلاقة القانونية ذات العنصر الأجنبى محدودة. راجع بند ٩ من مؤلفنا.

القانونية واسنادها الى نظام قانوني معين ، ولكن الواقع يخالف ذلك ، اذ يحصل أحيانا أن تسند العلاقة الى نظام قانوني أجنبي ، فتقول قواعد الاسناد في قانون القاضى بالاختصاص التشريعى لقانون بلد آخر ، وعندئذ يحصل التساؤل عما اذا كان المقصود أن نطبق القواعد الموضوعية في هذا القانون ، أو المقصود اعتبار هذا التشريع الأجنبي كلاً لا يتجزأ ، فنبدأ أولاً بتطبيق قواعد الاسناد فيه ؟ أسوق هنا مثلاً يوضح هذه المسألة بجلاء . رأينا أن المادة ٧٧ م . م تقرر أن الميراث يخضع لقانون جنسية الأشخاص ، فاذا توفى فرنسى متوطن في مصر عن أموال منقولة موجودة فيها ، فإن تطبيق هذه المادة ، بعد تمام عملية التكييف ، ينتهى الى اعطاء الاختصاص التشريعى للقانون الفرنسى ، فهل تطبق القواعد الموضوعية المتعلقة بالمواريث ، أو تطبق أولاً قاعدة الاسناد الفرنسية التى تقول بأن الميراث فى المنقولات يخضع لقانون موطن المتوفى ؟ اذا قلنا بالرأى الأول فانا لا نكون من أنصار نظرية الاحالة ، ولكن اذا قلنا بالرأى الثانى فنكون من أنصارها .

١٨٧ — والاحالة فى المثل السابق تؤدي الى تطبيق قانون القاضى من جديد ، هذا اذا وقفنا عنده ^(١) . ويسمى الأستاذ Arminjon بالاحالة الحقيقية Renvoi proprement dit . وظاهر أنها تهدم الحكم الوارد فى قاعدة تنازع القوانين الوطنية ، اذ تحكم قانون القاضى من جديد فى مسألة رأى المشرع أن يتركها لحكم قانون أجنبي . ويعرف هذا النوع من الاحالة أيضاً باسم الاحالة ذات الدرجة الواحدة ، لأنها تقف عند قانون القاضى ، ويطلق عليه باللغة الألمانية Rückverweisung وباللغة الانجليزية Renvoi of remittal . والاصطلاح الألمانى أكثر شيوعاً ، ويعد بمثابة اصطلاح دولى . ويوجد هناك نوع آخر من

(١) أما اذا لم تقف عنده ، فانه يلزمنا الرجوع الى القانون الأجنبي من جديد وهكذا ، مما دعا بعض الكتاب الألمان الى وصف هذه العملية بأنها مكتب المرايات المتقابلة spiegel cabinet .

الإحالة يطلق عليها بالألمانية *Weiterverweisung* ^(١) . ولبیان هذا النوع من الإحالة أسوق المثل الآتي ^(٢) ، أوصى انجليزى متوطن فى أمريكا بأمواله العقارية الموجودة فى مصر الى صديق له ، فاذا فرض وأن تمت هذه الوصية فى ايطاليا وقام نزاع بشأن صحتها أمام المحاكم المختلطة ، فان هذه المحاكم ستكيف النزاع بأنه ضمن المسائل التى تخرج عن اختصاصها ، لكى يقع فى اختصاص قاضى الأحوال الشخصية . ولكن اذا طبقت قواعد الاسناد المختلطة ^(٣) فانها تشير عليها بتطبيق القانون الانجليزى ، وتقول قاعدة الاسناد الانجليزية بتطبيق قانون الموطن ، وهو القانون الأمريكى ، ويحيل هذا الأخير بدوره على قانون الجهة التى تم فيها التصرف وهو القانون الايطالى ، كما أن قواعد الاسناد الايطالية تحيل على قانون الجنسية ، وهكذا دواليك ، لا تقف الإحالة عند حد ، اذا ما قلنا بالأخذ بها ، فلا يعرف فى النهاية القانون الذى يحكم هذا التصرف من الوجهة الموضوعية ^(٤) .

وازاء ذلك وصف العلامة الايطالى Buzzati الإحالة بأنها *le lawn tennis du droit international* فالتشريعات المختلفة كاللاعبين يتبادلون الكرة متعاقبين وليس هناك موجب لايقاف اللعب عند واحد منهم !

(١) . ويطلق عليها المرحوم أبو هيف بك « الإحالة » بخلاف الأخرى فيطلق عليها « الرجوع » مؤلفه . ٢٩٢ .

(٢) . ويطلق عليه بالانجليزية *renvoi of transmission* وبالفرنسية *renvoi de prolongation* . راجع دروس Lévy-Ullmann . ١٩٣٥ . ٢٥٢ . وانظر Arminjon . ١ . ١٥٠ .

(٣) . وذلك اذا نظرت هذه المسألة بطريقة فرعية . انظر بند ١٤٩ من مؤلفنا وهامش (١) . ٢٠٣ .

(٤) . وهناك أمثلة عملية عرضت أمام القضاء الفرنسى ومن أشهرها حكم النقص الصادر فى ٧ نوفمبر ١٩٣٣ . دالوز . ١٩٣٣ . ١ . ٢٠١ . وسيرى ١٩٣٣ . ١ . ٣٢١ مع تعليق من الأستاذ Audinet . وبالنسبة لما عرض منها أمام القضاء الألمانى . انظر دروس الأستاذ Lewald من كلية حقوق برلين . فى مجموعة لاهاي . ١٩٢٩ . وبالنسبة للقضاء الأمريكى انظر مؤلف Wigny . « فى القانون الدولى الخاص الأمريكى » . ٢٣٣ . وأما فى مصر فتأخذ الإحالة شكلا آخر سنراه فيما بعد . انظر أيضا Arminjon . ١ . ١٥٤ . ومؤلف Donnedien السابق الإشارة اليه . ٣٨٢ .

ففي النوع الثاني من الاحالة تشير قواعد تنازع القوانين في قانون القاضي بتطبيق قانون آخر ، وقد رأينا أن هذا القانون قد يشير الى قانون ثالث ... الخ . ولذا ذهب البعض الى القول بضرورة ايقاف الاحالة عند حد الدرجة الأولى ، سواء حصلت الى قانون القاضي ، أو الى قانون آخر . ولا شك في مخالفة هذه النتيجة للمنطق ، لأننا اذا قلنا بضرورة الأخذ بالاحالة فليس هناك مانع يمنع من اتباع أحكامها باطراد . والوقوف عند حد الدرجة الأولى علامة على فساد النظرية وعدم صلاحيتها . هذا وقد سمي الأستاذ Arminjon هذا النوع من الاحالة بالاحالة المطلقة Renvoi absolu .

١٨٨ — ويمكن تعريف الاحالة على نوعيها . بأنها تلك النظرية التي تقول بوجوب الأخذ بأحكام قواعد الاسناد في التشريع الأجنبي الذي أشارت بتطبيقه قواعد الاسناد الوطنية ، متى كانت أحكام الاسناد مختلفة في التشريعين . ولايضاح هذا التعريف نقول انه في مسائل تنازع القوانين ، يوجد أولا تنازع من حيث النصوص الموضوعية في التشريعين المتنازعين ، وهذا النوع من التنازع لا بد من وجوده . ولكن من المحتمل أيضا وجود تنازع من نوع آخر ، وهو التنازع بين قواعد الاسناد^(١) ، كما رأينا في موارد المنقولات ، فالتشريع المصري يقول بخضوعها لقانون جنسية المتوفى بينما بعض التشريعات الأخرى (الفرنسية مثلا) يخضعها لقانون الوطن . فهنا يوجد علاوة على التنازع في الأحكام الموضوعية تنازع في قاعدة الاسناد . وهذا التنازع يمكن أن يحل على وجهين ، الأول أن يصرف النظر كلية عن حكم قاعدة الاسناد الأجنبية ، فيطبق القانون الفرنسي مباشرة . الثاني ، أن نعتبر حكم قاعدة الاسناد الأجنبية فنخضع الميراث لقانون موطن المتوفى وهو هنا القانون المصري . فاذا أخذنا بهذا الوجه

(١) ويطلق بعض الكتاب على النوع الأول من التنازع ، تنازع الدرجة الأولى والنوع الثاني تنازع الدرجة الثانية . وبدخلون ضمنه أيضا التنازع في التكيف وقد رأيناه . انظر دروس Lévy-Ullmann . ١٩٣٥ . ٢٤٥ — ٢٤٦ و Arminjon . ١ .

الثانى فانا نطبق نظرية الاحالة ، وذلك من طريق الأخذ بحكم قاعدة الاسناد الأجنبية (الفرنسية) ولو أنها مختلفة مع حكم قاعدة الاسناد المصرية .

١٨٩ — ونظرية الاحالة قديمة ^(١) طبقتها المحاكم فى مختلف البلدان من عهد بعيد ، ولكن مع ذلك فمن المتعارف عليه القول بنشأتها فى سنة ١٨٧٤ أمام المحاكم الفرنسية بمناسبة قضية Forgo الشهيرة . وتتلخص ظروف هذه القضية فى أن Forgo وهو ولد طبيعى *enfant naturel* متمتع بالجنسية الباقارية أقام *résider* فى فرنسا منذ سن الخامسة حتى وفاته فى سن الثامنة والستين . ولقد ترك فيها ثروة منقولة جديرة بالاعتبار بغير وارث ظاهر ، فطالبت الحكومة الفرنسية بتركته باعتبارها مالكة للأموال التى لا مالك لها وفقا للمادة ٧١٣ فرنسى ، ونازعها فى ذلك حواشى المتوفى الطبيعىون *Collatéraux naturels* . فلما عرض الأمر على المحاكم الفرنسية وجدت أن قاعدة تنازع القوانين الفرنسية تخضع الميراث فى المنقولات لقانون موطن المتوفى ، والمتوفى هنا ، لم يكتسب موطناً فى فرنسا اذ ظل محتفظاً بموطنه القانونى باقارياً فلم يطلب اذناً بالتوطن فى فرنسا . وعلى ذلك فالقانون الباقارى هو الواجب التطبيق ، ولكن فى أى جزء من أجزائه ؟ هل تطبق القواعد الموضوعية المتعلقة بالمواريث أو قواعد تنازع القوانين التى تقرر أن الميراث فى الأموال المنقولة يتم وفقاً لقانون الموطن الفعلى للمتوفى ، وهو هنا فرنسا اذ لم يكتسب فيها موطناً قانونياً كما قدمنا . فاذا طبقنا القواعد الموضوعية فى القانون الباقارى فنكون قد احترمنا قاعدة التنازع الفرنسية ، ولكن اذا طبقنا القانون الفرنسى فانا نكون قد أخذنا بنظرية الاحالة ، وغلبنا حكم قاعدة الاسناد

(١) وتعتبر هذه النظرية من أشهر النظريات فى تنازع القوانين لما أثارته من أبحاث ومناقشات . ويطلقون عليها باللاتينية *famosissima questio* . ويرجع فى تاريخ نظرية الاحالة الى رسالة Potu المعنونة 15.144 « La question du renvoi en D. I. P. » .

الأجنبية على قاعدة الاسناد الوطنية ، وهذا ما قالت به محكمة النقض الفرنسية^(١) ، وبذلك استولت الحكومة الفرنسية على أموال Forgo دون حواشيه الطبيعيين .
واقعد أثارت هذه القضية ضجة كبرى في عالم القانون فكثرت الأبحاث^(٢) منذ هذا التاريخ بشأن نظرية الاحالة فوجد لها المحبذون والناقدون .
ويجب قبل الدخول في هذه المجادلات أن أوجه النظر الى أن التشريع المصري كأغلب التشريعات الأجنبية^(٣) خلو من نص يشير الى نظرية الاحالة .
فأساس البحث اذن هو المجهودات العقلية المتأثرة بالاعتبارات العملية .
١٩٠ — والآن أبدأ ببسط أدلة من حبذوا^(٤) هذه النظرية وتتلخص

أدلتهم فيما يلي : —

الدليل الأول — أن النزاع الحاصل هنا يدور حول مسألة متعلقة بتنازع القوانين ، فأول ما يتبادر الى الذهن اذا ما أشار قانون القاضى بتطبيق قانون أجنبي ، هو تطبيق قواعد تنازع القوانين في هذا التشريع الأجنبي مراعاة لطبيعة النزاع السالف الذكر ، ولأن التشريع الأجنبي يكون في الحقيقة وحدة لا تتجزأ تتركب من قواعد الاسناد والقواعد الموضوعية ، فاذا قضت هذه القواعد

(١) نقض ٢٤ يونيو ١٨٧٨ : سيرى . ١٨٧٨ . ١٠ . ٤٢٩٠ و ٢٢ فبراير ١٨٨٢ . سيرى . ١٨٨٢ . ١٠ . ٣٩٣ وتعليق Labbé ومناقشة Valéry في مؤلفه . ٦٠٧ وما بعدها وهناك تطبيقات حديثة لنظرية الاحالة منها حكم استئناف باريس ١ مارس ١٩٣٣ ، وحكم محكمة مارسيليا ١٢١ أكتوبر ١٩٣١ . وحكم محكمة فونتنبلو ٢٤ يونيو ١٩٣٢ . وهذه الأحكام الثلاثة منشورة في المجلة . ١٩٣٣ . ٦٣١ .

(٢) انظر Bartin . ١ . ٢٠٠ وما بعدها ، والمراجع التي أشار اليها في هامش (١) . ٢٠١ . والكاتب من أعداء النظرية . وانظر كذلك Pillet-Niboyet . ٤٨١ وما بعدها .

(٣) وقد أخذت بعض التشريعات الأجنبية بنظرية الاحالة كالتشريع الألماني في المادة ٣٧ من مقدمة القانون المدني ، كما أخذت بها أيضا اتفاقات لاهاي . ١٩٠٢ .

(٤) ومنهم Bar الألماني و Vareilles-Sommières . 2.97 و Weiss III . 82 و Westlake و Lorebours-Pigeonnière في Clunet . ١٩٢٤ وما بعدها . و Arminjon بقيود في المجلة ١٩٢٣ . ٥٨٣ وما بعدها .

الأولى بالأحالة فلا مناص من اتباعها^(١) .

ولكن يرد على هذا الدليل بأن قواعد تنازع القوانين هي قواعد ذات صبغة وطنية ، بمعنى أنها خاصة بكل دولة على حدة ، فهي التي تبين مدى تطبيق القانون الوطنى وأحوال تطبيق القانون الأجنبى . فإذا أشارت بتطبيق قانون أجنبى فانها لا تهتم بما تقول به قواعد تنازع القوانين فى هذا التشريع ، بل ترمى فقط الى تطبيق قواعده الموضوعية التي فضلتها على القواعد الموضوعية الوطنية^(٢) .

على أن أنصار الاحالة ، وعلى الأخص الانجليز^(٣) ، لم يفهمهم هذا الرد القاطع ، بل حوروا فى هذا الدليل وصاغوه صياغة جديدة مؤيدة لنظريتهم فقالوا انه اذا كان قانون القاضى يشير بتطبيق قانون أجنبى ، فانه يقصد بذلك ، أن يفصل فى هذا النزاع كما لو كانت محكمة هذا القانون الأجنبى هي التي طلب اليها الفصل فى المسألة . وهذه المحكمة ستبدأ حتما بتطبيق قواعد تنازع القوانين الخاصة بتشريعها التي تشير بتطبيق قانون البلد الآخر . وعلى ذلك يتصور الكتاب الانجليز^(٤) أن المحكمة الانجليزية ستنتقل مثلا الى بلجيكا وتقضى على النحو الذى

(١) وقد جاء هذا الدليل فى حكم النقض فى قضية Forgo انظر مع ذلك Bartin . ١ . ٢٠٦ .

(٢) انظر Pillet-Niboyet . ٤٨٣ . ولو أخذنا بهذه الحجة فيما يتعلق بالقانون الوطنى أى انه بدوره كل لا يتجزأ فان من الواجب أن نعود من جديد الى تطبيق قواعد الاسناد الوطنية وهكذا نتبادل الاسناد ، وتعرف هذه المسألة باللغة الفرنسية objection de la raquette . وانظر أيضا Zitelmann . ١ . ٢٤١ .

(٣) انظر بحثا للاستاذ Elkin فى الاحالة فى القانون الانجليزى . Clunet . ١٩٣٤ . ٥٧٧ وانظر أيضا رسالة Philonenko وموضوعها الاحالة فى القانون المقارن وعلى الأخص من الوجهة الايطالية ، باريس ١٩٣٤ . وبحث Dobrin فى مجلة The british year book ١٩٣٤ . ٣٦ .

(٤) انظر Wastlake . ٢٨ — ٣٩ . وكذلك Dicey . ٨٠ — ٨٢ و ٧٧١ .

كانت تقضى به المحكمة البلجيكية وفقا للقانون البلجيكي الذي أشار القانون الانجليزي بتطبيقه . وقد أخذت المحاكم الانجليزية فعلا بهذا الرأي في قضية انجليزي توفى في بلجيكا حيث يوجد موطنه وترك وصية صحيحة طبقا للشكل الانجليزي ومخالفة للشكل البلجيكي ، فالقانون الانجليزي يقول بتطبيق القانون البلجيكي ، فاذا طبقنا القواعد المبينة في هذا الأخير حكمنا ببطالان الوصية شكلا ، ولكن قاعدة الاسناد البلجيكية تقول بتطبيق قانون جنسية الشخص ، أى بتطبيق القانون الانجليزي ، فأخذت المحكمة الانجليزية بالاحالة وطبقت القانون الانجليزي لأن هذا هو ما كانت تقضى به المحكمة البلجيكية . والحكم عادل ، وان كان أساسه نظرية خاطئة . وقد حذره الكتاب الانجليز مقررین أن قواعد تنازع القوانين الانجليزية بتفضيلها تطبيق قواعد تنازع القوانين البلجيكية ، قد تخلت بذلك عن حكم النزاع كلية ^(١) .

ولكن هذا الدليل ، في شكله الجديد ، لم يصادف نجاحا بدوره لأنه لا يمكن القول مطلقا بأن القاضى عند ما يطبق قواعد تنازع القوانين الوطنية التي تشير بتطبيق قانون أجنبي يهمل كلية القانون الوطنى ، اذ الحقيقة أنه يترك جانبا القواعد الموضوعية فيه ، لكي يستبدلها بقواعد موضوعية أجنبية . وكذلك لا يمكن التسليم بأن واجب القاضى الوطنى أن يقضى فى النزاع على نمط القاضى الأجنبي اذا فرض أن النزاع كان قد عرض عليه ، اذ معنى ذلك أن القاضى الوطنى انما ياتمر بأمر المشرع الأجنبي ؛ ويتخلى عن خدمة بلاده مؤقتا لكي يخدم تشريع دولة أجنبية . وقصارى القول أن على القاضى احترام قواعد تنازع القوانين الوطنية ، فعليه أن يطبقها دون غيرها ، وبذلك يقضى نهائيا على نظرية الاحالة .

(١) انظر Bartin . ١ . ٢١١ وما بعدها . ومقال Clunet . Lerebours-Pigeonnière .

١٩٢٤ . ١٨٧٧ . وموسوعات القانون الدولى تحت كلمة Renvoi .

وزيادة على ماتقدم فإن القاضى الوطنى اذا طبق قانونا أجنبيا وفقا لقواعد تنازع القوانين الوطنية ، فهو يفعل ذلك لما فيه من الانصياع لأحكام تشريعه ، واتباعا لما تقضى به العدالة . ولا يمكن التسليم مطلقا بأن تطبيق القانون الأجنبى معقود برغبة هذا القانون . والا كان أساس القانون الدولى الخاص هو المجاملة الدولية ، وقد عرفنا أن هذا الأساس قد زال الآن من الوجود وحل محله مبدأ تقرير العدالة على وجهها الكامل ^(١) .

الدليل الثانى — ويدور حول ضرورة تعميم الحلول *universalité des solutions* فى المنازعات اذا ما عرض النزاع أمام محاكم الدول المختلفة ، اذ لو حكم القاضى الوطنى طبقا لقانونه الخاص به بغير مراعاة لنصوص القانون الأجنبى فان حكمه يتمتع بقوة فقط فى داخل حدود بلاده ، حتى اذا ما أريد الاحتجاج به فى الخارج ، وعلى الأخص أمام محكمة ذلك القانون الأجنبى ، فانه لا يعتد به لأنه طبق قانونا مخالفا لما تقضى به قواعد تنازع القوانين فى هذا التشريع ، وكذلك لا يكون للحكم أية قيمة فى البلاد الأخرى التى تأخذ بنفس المبدأ . أما اذا قضى بالاحالة فان حكمه يكون متفقاً مع ماتقتضى به المحكمة الأجنبية .

والرد على هذا الدليل هين ، ويتلخص فى أنه لا يمكن مطلقا أن يكون لحكم محكمة ما ، قوته فى كل بلاد العالم ، حتى ولو أخذنا بالاحالة ، لأن مثل هذا الحكم سيعترف به فى البلاد التى تأخذ بهذه النظرية ، ولكن البلاد الأخرى التى ترفضها ستجرده من كل قوة . فالأخذ بالاحالة أو رفضها لا يؤثر فى شيء اذ أن وجهات النظر ، فى كل الظروف ، مختلفة ^(٢) .

ومن الجهة الأخرى فالقول بأن الأخذ بالاحالة من شأنه جعل الحكم

(١) انظر Perroud فى Clunet . ١٩٢٥ . ٦٥٦ — ٦٦٠ و Lainé . المجلة . ١٩٠٦ .

٦٠٥ — ٦٤٣ . والمقال متسلسل فى السنوات ١٩٠٧ ، ١٩٠٨ ، ١٩٠٩ و Surville . ٦٤ .

(٢) راجع بحث Lainé السابق الاشارة اليه و Surville . ٦٤ و Valéry . نبذة ٤٤١ .

متفقاً مع ما تقول به المحكمة الأجنبية ، مردود عليه بأن ذلك مبناه أن لا تطبق المحكمة الأجنبية الاحالة اذ لو طبقتها جاء الحكم مختلفاً حتماً . فلو كانت عرضت قضية Forgo أمام محكمة باقارية تأخذ بالاحالة لطبقت حتماً القانون الباقارى .

الدليل الثالث — ويتصل هذا الدليل بسابقة اذ يقوم على أن الأخذ بالاحالة من شأنه تسهيل تنفيذ الأحكام بواسطة الحصول على الأمر بالتنفيذ . اذ لو أخذنا بالاحالة التى يشير بها القانون الأجنبى (الانجليزى مثلاً) وأريد تنفيذ الحكم فى انجلترا فان المحاكم لا تتردد فى اعطاء الأمر بالتنفيذ لأن هذا هو الحل الذى يوافقها ، اذ يكون قد قضى مثلاً فى الأحوال الشخصية لانجليزى طبقاً لقانون موطنه وليكن القانون الفرنسى .

وهذا الدليل كما هو ظاهر مداره تسهيل الأمور opportunité أى مراعاة مصلحة عملية بحتة بغض النظر عن العدالة التى تقضى بتطبيق القواعد الموضوعية فى القانون الأجنبى دون قواعد تنازع القوانين فيه . ولا يمكن القول بأن تطبيق القانون فى بلد معناه مراعاة ظروف الأحوال من حيث التنفيذ أو عدمه والا انقلبت مهمة القاضى فتصبح مهمة سياسية ^(١) . ومع ذلك فيحصل أحياناً أن الحكم قد يراد تنفيذه فى جهات مختلفة ، وربما أقر بعضها القاضى على الاحالة بينما لا يقره البعض الآخر ، فماذا يكون العمل ؟

١٩١ — رأينا مما تقدم أدلة أنصار الاحالة وتنفيذها ، ولكن هذا التنفيذ له صبغة سلبية بحتة ، ونورد الآن أقوال ناقدىها من وجهة ايجابية :

أولاً — أن الاحالة تؤدي الى عدم الاطمئنان على القانون الواجب التطبيق ، وبيان ذلك أننا اذا رفضنا الأخذ بها ، ارتفع كل شك وعرفنا القواعد الموضوعية فى القانون الأجنبى الواجب التطبيق ، بخلاف ما اذا أخذنا

(١) انظر Pillet-Niboyet . ٤٨٦ .

بها فانا لا ندرى الى أين تطوح بنا ، اذ قد رأينا أنها لا تقف أحيانا عند حد ، فتوقعنا في دور معيب لا يعرف آخره ، حتى في حالة ما اذا أشارت بتطبيق قانون القاضي اذ يقتضى المنطق أن تتبع نفس التفسير^(١) ، فنفسر قانون القاضي بمعنى قواعد تنازع القوانين فيه . وفيما تقدم مخالفة لأبسط المبادئ القانونية التي تقتضى بضرورة الاطمئنان والاستقرار في المراكز القانونية . وهكذا تكون قواعد تنازع القوانين التي يقصد بها حل المنازعات قد عقدتها وانتهت بها الى شكل لا حل له .

ثانيا — أن الاحالة قد تؤدي الى تطبيق نظام قانوني قد يجهله التشريع الأجنبي الواجب تطبيقه وفقا لقواعد تنازع القوانين الوطنية . فالحاكم الفرنسية مثلا اذا طبقت القانون الفرنسي على انجليزي متوطن في فرنسا فيما يتعلق بأحواله الشخصية فانها قد تسيع الحجر عليه لسفه بينما هذا النظام لا يعترف به القانون الانجليزي بل ويعتبره مخالفا للنظام العام في انجلترا ، فكيف يمكننا أن نخضع هذا الانجليزي لأحكام نظام قانوني لا يقره قانون جنسيته ؟

ولقد حاول البعض الرد على هذا الدليل في قولهم ان هذه النتيجة الأخيرة انما تحصل كنتيجة لتطبيق التشريع الانجليزي لا كنتيجة لتطبيق الاحالة ، اذ أن القانون الانجليزي هو الذي رضى باخضاع الانجليزي للقانون الفرنسي . ولكن يلاحظ على هذا الرد أنه صحيح في حالة ما اذا عرض الأمر على محكمة انجليزية ، ولكن لا يكون صحيحا في حالة عرض النزاع أمام محكمة فرنسية ، اذ أنه في هذه الحالة الأخيرة يكون الأخذ به نتيجة للاحالة .

(١) ويرى الأستاذ Lévy-Ullmann أن اتباع هذا المنطق خطر اذ ينتهي بانكار العدالة ولذا يجب الوقوف عند الحد المعقول . راجع دروسه سنة ١٩٣٥ . ٢٥٩ . والأستاذ من أنصار النظرية .

ثالثاً — أن الاحالة تؤدي الى انتهاك فكرة السيادة ، وبيان ذلك أن قواعد تنازع القوانين في كل بلد ان هي الا قواعد وطنية قبل كل شيء ، وما زالت بعيدة عن أن تكون عالمية ، وهي ترمى في الواقع الى تحديد سلطان القانون الوطني بالنسبة للاقليم وللأشخاص ، كما أنها تبين أحوال تطبيق القانون الأجنبي . فإذا قلنا بالاحالة فعنى ذلك أننا تنازلنا عن تطبيق قواعد تنازع القوانين الوطنية للاتجار بأمر قواعد تنازع القوانين الأجنبية . وهكذا يصبح تطبيق القوانين الأجنبية في بلد معين مرهون في الحقيقة بإرادة المشرع الأجنبي ، ولو تأملنا فيما تقضى به محاكم دولتين أحدهما تجعل الأحوال الشخصية خاضعة لقانون الموطن والثانية تجعلها خاضعة لقانون الجنسية ، وجدنا أنها تطبق قانونا مخالفا لما تأمر به قواعد تنازع القوانين فيها ، اذا ما أخذت هذه المحاكم بنظرية الاحالة ^(١) .

١٩٢ — بعد أن بينت أقوال أنصار نظرية الاحالة وأعدائها ، يهمنى أن أوجه النظر الى أمور هامة أوردها في ملاحظات ثلاث :

الأولى — ومدارها أن سبب نشوء نظرية الاحالة راجع في أغلب الأحوال الى أن بعض البلاد يخضع الأحوال الشخصية لقانون الموطن بينما بلاد أخرى تخضعها لقانون الجنسية . فإذا تم توحيد القانون الذى يحكم الأحوال الشخصية ، وهو ما تسير في سبيله الحركة التشريعية في أغلب دول العالم ، عن طريق اخضاع جانب كبير من الأحوال الشخصية لقانون الموطن ، فإن سبب الاحالة الرئيسى يرتفع ولا يبقى لها مجال الا في أحوال نادرة كحالة التشريع الذى يخضع شكل التصرف لقانون بلد إبرامه بينما قانون البلد الأخير يخضعه لقانون

(١) وقد حاول البعض دفع هذه الحجة بدعوى أن تطبيق القواعد الموضوعية في قانون القاضى من جديد لا يتم بناء على أمر من المشرع الأجنبي بل بناء على تصريح من المشرع الوطنى عند ما رأى أن المشرع الأجنبي فضل أن يترك الحكم الموضوعى لقانون القاضى . انظر Lévy-Ullmann . ١٩٣٥ . ٢٦٠ و Clunet . Lerebours-Pigeonnière . ١٩٢٤ . ٨٧٧ وانظر عكس ذلك Pillet-Niboyet . ٤٩١ و Bartin « دراسات » . ١٥٠ .

الجنسية (المادة ٧٨ م. م. م.) .

الثانية — أنه بمطالبة أحكام المحاكم التي أخذت بنظرية الاحالة يتبين لنا أن الأخذ بها كان وسيلة لتطبيق قانون القاضى *lex fori* من جديد ، ويظهر أن ذلك راجع الى أمرين : (الأول) أن تطبيق قانون القاضى أسهل عملا من تطبيق القانون الأجنبي ، اذ لا بد من الرجوع الى أقوال الفقهاء وأحكام المحاكم الأجنبية بجانب النصوص التشريعية وليس هذا بالأمر الهين . فالاحالة وسيلة للتهرب من هذه الصعوبات ، وفي ذلك ما يثبت عدم ارتكازها على أساس متين ومعقول^(١) .

(الثاني) أن تطبيق قانون القاضى من جديد متفق مع الغيرة الوطنية *nationalisme* فكان من الطبيعي أن تصادف الاحالة نجاحا في القضاء . ولقد قال المقرر *Rapporteur* في قضية *Soulié* التي عرضت أمام المحاكم الفرنسية^(٢) ، أنه لا يمكن رفض الهدية *cadeau* التي يقدمها لنا التشريع الأمريكى ، بتخليه عن حكم النزاع وتفضيله القانون الفرنسى .

الثالثة — أن أغلبية المحاكم فى فرنسا وانجلترا وأمريكا وغيرها من الدول تقول بنظرية الاحالة ، وقد عرفنا السر فى ذلك من الملاحظتين السابقتين، ولكن من الجهة الأخرى فإن هناك عددا كبيرا من رجال الفقه يرفض الأخذ بها ، وحتى الذين أيدوها ، فقد انقسموا على أنفسهم ، فرأى جانب هام منهم ضرورة وضع

(١) قارن مؤلف أبى هيف بك . ٣١٢ وما بعدها .

(٢) وتتلخص ظروف القضية فى أن أمريكية توطنت فى فرنسا حيث توفيت فيها سنة ١٩٠٣ فى سن الثانية والتسعين تاركة وراءها ثروة ووصية . فنازع ابن أخ المتوفاة فى صحة الوصية بناء على كونه وارث . ولكن هذا الشخص لا يعتبر وارثا شرعيا وفقا للقانون الأمريكى (الولايات المتحدة) لأنه ثمرة زواج باطل اذ والدته من الهنود الحمر . ولكنه يعتبر وارثا شرعيا وفقا لقانون الوطن (القانون الفرنسى) الذى يعتبره ولدا شرعيا . وهذا ما أقرته المحكمة . والحكم منشور فى *Clunet* . ١٩١ . ٨٧٠ والنظر *Pillet-Niboyet* . ٤٧٨ .

قيود ترمى الى تحديد نطاق تطبيقها^(١).

١٩٣ — ومن هؤلاء ، الأستاذ Frankenstein الألماني ، اذ يرى وجوب قصر تطبيق نظرية الاحالة على الأحوال الشخصية ، وعلى الأجانب فقط ، وايضا هذا الرأي يقول الأستاذ انه اذا كانت قواعد الاسناد تخضع الأحوال الشخصية لحكم قانون الجنسية فان ذلك معقول بالنسبة للمواطنين الذين يجب أن يحكمهم القانون (الألماني) في أية جهة وجدوا ، أما بالنسبة للأجانب فان الوضع يتغير اذا ما حكمنا قانون جنسيتهم وقال هذا القانون بتطبيق قانون موطنهم ، فالاحالة هنا لازمة . وفي هذه الأحوال يمكن القول بأن الأحوال الشخصية لهذا الأجنبي محكومة بصفة أصلية بقانون جنسيته ، وهذا هو الاسناد الحقيقي vrai rattachement أو الأولى primaire ، ولكن بصفة احتياطية بقانون موطنه ، وهذا هو الاسناد الثانوي rattachement secondaire . ويشترط الأستاذ للأخذ بالاحالة أن تكون حاصلة من القانون الأول الى الثاني ، لا من القانون الثاني الى غيره^(٢).

ولا يخفى أن اتباع هذا الرأي معناه اهمال حكم قاعدة تنازع القوانين في القانون الألماني . ومعلوم أن المشرع لم يقل بها الا اتباعا لأسباب معقولة ، أخصها تحقيق العدالة حسبما يراه . ورغم ما تقدم فان هذا الرأي قد أيده العلامة Westlake^(٣) وابتكر تعليلا جديدا له من عنده ، ويتأخص في أن تشريع أية دولة انما يهتم قبل كل شيء بمواطنيه ، فالمشرع الوطني له مطلق الحرية في

(١) وذلك بجعلها مقصورة على بعض مواد التنازع دون البعض الآخر أو الوقوف عند حد الاحالة في الدرجة الأولى أو الى قانون القاضي ، كما أن البعض جمع بين القيدتين السالفتين في وقت واحد كالكتاب الألماني Frankenstein . انظر Pillet-Niboyet . ٤٨٧ و Weiss . ٣ . ٨٨ وبارن Bartin . ١ . ٢٠٥ وما بعدها .

(٢) انظر Makarov . ١١٦ و Surville . ٦٣ . ونظرية الأستاذ Frankenstein فيما بعد .

(٣) وهو ممن أيدوا النظرية في اجتماع معهد القانون الدولي . راجع مجلة المعهد . ١٨٩٨ . ٣٤ ، ١٧٦ ، ١٧٧ . ومؤلف الأستاذ نفسه . ٣٤ و ٣٨ .

التشريع بالنسبة لمواطنيه ، ولكن بالنسبة للعلائق التي يتخلى عن حكمها لكونها متعلقة بأجانب ، فعلى القاضى أن يطبق القانون الذى يشير بتطبيقه قانون جنسية هؤلاء الأشخاص ، فان لم يفعل يعتبر منكرا للعدالة . ولكن يرد على هذا التعليل بأن المشرع لم يكن هازلا يوم أخضع هؤلاء الأجانب فيما يتعلق بأحوالهم الشخصية لسلطان قانون معين ، اذ معنى ذلك تطبيق هذا القانون لا الجرى وراء قانون آخر ضمن القوانين التي تشير بها الاحالة .

١٩٤ — وقد أخذ بعض التشريعات الأجنبية بنظرية الاحالة ونذكر منها التشريع البولونى ، فالمادة ٣٦ من قانون ٢ أغسطس سنة ١٩٢٦ قررت الاحالة بطريقة مطابقة كلما أشار قانون جنسية الأجنبي بتطبيق قانون آخر^(١) ، والقانون الألمانى فى مقدمته التي خصصت لقواعد تنازع القوانين ، اذ تقرر المادة ٢٩ منها الأخذ بالاحالة فى بعض مسائل داخلية ضمن الأحوال الشخصية كالأهلية والزواج والطلاق ومشارطات الزواج والميراث بشرط أن يؤدي ذلك الى تطبيق القانون الألمانى . وفى هذا تأييد لما ذكرته من أن للغيرة الوطنية دخلا فى الموضوع . وكذلك أخذ القانون اليابانى بالنظرية ، فالمادة ٢٩ من قانون ١٥ يونيه سنة ١٨٩٨ تميز الاحالة الى القانون اليابانى فى مسائل الأحوال الشخصية . ويجيز القانون (الظاهر) المراكشى Dahir marocain الخاص بتنازع القوانين فى مادته التاسعة الأخذ بالاحالة الى القانون المراكشى فيما يتعلق بالطلاق وبالتفريق الجسماني بين الزوجين . كما أن القانون الفلسطينى بدوره^(٢) يميز الأخذ بالاحالة اذا كانت حاصلة لقانون الوطن وكان النزاع متعلقا بالأحوال الشخصية . وتأيدت النظرية فى اتفاقات لاهاى سنة ١٩٠٢ ، وذلك فى المسائل المتعلقة بأهلية

(١) انظر Makarov . ١١٨ .

(٢) Palestine order in Council . ١٩٢٢ .

الزواج^(١) . ولم تعمر هذه الاتفاقات طويلا .

١٩٥ — أما في مصر فخط نظرية الاحالة ضئيل جدا فليس هناك من نص تشريعى يؤيدها ، وعلاوة على ذلك فان رجال الفقه لا يقولون بها ، واذا نقبنا في أحكام المحاكم وجدنا قليلا من الأحكام في شأنها . وقد أشار المرحوم أبو هيف بك في كتابه^(٢) الى حكم استئناف مختلط ، جاء فيه أن العقد الحاصل بين يونانيين والواجب التنفيذ في مصر محكوم بالقانون اليونانى لأنه قانون جنسية المتعاقدين ، ولكن حيث ان هذا القانون الأخير يقول باتباع قانون بلد التنفيذ فيطبق القانون المختلط . وقد ذهب الدكتور الزينى^(٣) ، الى القول ببطالان حصول الاحالة ، اذ يعتبر أن الحكم كان مخطئا في تقريره أن القانون المصرى يقضى بأن قانون جنسية المتعاقدين هو الذى يحكم تعاقدما . ونرى أن هذا القول محل نظر ، لأن العقود ذات الصبغة المالية تخضع وفقا للقواعد العامة في تنازع القوانين ، لقانون ارادة المتعاقدين ، واتحاد جنسية الطرفين قرينة على اختيارها قانون جنسيتهما . وعلى أية الأحوال فان حيثيات الحكم موجزة ويشوبها بعض الغموض . وهناك حكم آخر صدر فى ٣٠ أبريل سنة ١٩٢٥^(٤) من محكمة الاستئناف المختلطة طبق نظرية الاحالة على وجه خاص . وكان ذلك فى قضية شخص يدعى Smirnoff وهو الوزير المفوض السابق لدولة روسيا القديمة فى مصر .

(١) والسرى فى تقرير النص الخاص بالاحالة هنا يرجع الى وجود سويسرا ضمن الدول الموقعة على الاتفاقية . ومعلوم أن سويسرا هى الدولة الوحيدة بينها التى تقرر اتباع قانون الوطن فيما يتعلق بمسائل الأحوال الشخصية . ولما عرضت مسألة الاحالة أمام معهد القانون الدولى رفض أن يقرها . انظر مجلد ١٨٩٨ . ٤١ وما بعدها و Surville . ٦٦ . هامش (١) .

(٢) مؤلفه ٣٠١ — ٣٠٢ والحكم منشور م . ت . م . ٢٩ . ٣٢٥ .

(٣) مذكراته . ١٩٠ .

(٤) والحكم منشور فى Clunet . ١٩٢٦ . ٢٠٩ . م . ت . م . ٣٧ . ٣٩١ .

وقد توفي هذا الشخص في مصر تاركا وراءه ثروة منقولة مودعا بعضها في البنك الأهلي . فطالب بميراثه عدد كبير من الورثة أغلبهم متوطن في الخارج . ورفعت الدعاوى من بعضهم على البعض الآخر . وبدأت سلسلة الدعاوى كالمعتاد أى بدعوى حراسة على الأعيان المنقولة الى حين الفصل فيما بين أحق الناس بالحصول على الميراث . ولما كان المتوفى روسيا من رعايا القيصر ، أى أنه في الواقع شخص لا جنسية له ^(١) ، لأنه لا ينتسب الى روسيا السوفيتية ، فانه لا توجد في مصر محكمة قنصلية تختص بالفصل في ثبوت الوراثة وتحقيق صفة الورثة ، فإذا يكون العمل ؟ تمكن بعض الورثة من الحصول على اعلام شرعى مثبتا لصفقتهم وفقا لأحكام الشريعة الاسلامية ، مما يترتب عليه في الوقت نفسه عدم اجازة الوصية التي كان حررها المتوفى لمصلحة البعض . فلما عرض الأمر على المحكمة المختلطة وجدت أن هؤلاء الورثة كانوا قد اتفقوا فيما بينهم على تحكيم بطركية الروم الأرثوذكس التابعين اليها للحكم في النزاع فيما بينهم ، فأقرت المحكمة هذا الاتفاق ولم تعمل بمقتضى الاعلام الشرعى ، مستندة في ذلك على أن المحاكم الشرعية هي محاكم القانون العام فيما يتعلق بالمواريث في مصر بالنسبة للمسلمين وغير المسلمين المقيمين فيها ^(٢) الا اذا اتفق هؤلاء الآخرون على اختصاص الجهة الدينية التابعين اليها ، عندئذ يرتفع الاختصاص عن المحاكم الشرعية لكي يكون للبطركية . وثابت في القضية أن مدعى الوراثة قد اتفقوا على اختصاص بطركية الروم الارثوذكس فيكون لها الاختصاص .

وظاهر من هذا الحكم أن القانون الذي يحكم المواريث بالنسبة للأجانب هو قانون جنسية الشخص ، ولكن حيث أن هذا القانون لا وجود له هنا ، فالعبرة بالقانون المصري ، والقانون المصري كما عرفنا يتركب من نظم شخصية مركبة ، تقضى قواعد الاسناد فيه بتطبيق قانون ديانة الأشخاص

(١) وسنرى فيما بعد أن تنظيم حالة الأشخاص الذين لا جنسية لهم قد أثار خلافات واشكالات كثيرة .

(٢) ومنهم الروس المحرومون من محكمتهم القنصلية .

بانتسبة للمصريين وغيرهم ممن لا جنسية لهم^(١) ، لذلك يخضع ميراث هذا الشخص لقانون الملة الرومية الأرثوذكسية ، ومعنى ذلك أن الاحالة^(٢) قد حصلت هنا من النظام الغالب الى أحد النظم الشخصية .

١٩٦ — والاحالة على الوجه السالف تحصل أيضا في البلاد ذات النظام المركب الاقليمي كإنجلترا وپولندا^(٣) ، فميراث الأسكوتلندي مثلا يخضع أولا لقانون جنسيته أى القانون الانجليزى ، ولكن هذا القانون يحيل الى القانون الأسكوتلندي وهو أحد النظم الاقليمية . ويطلق Pillet على هذا النوع من الاحالة ، التفويض *délégation* ، ويسميه Arminjon^(٤) بالاحالة الضرورية *renvoi de nécessité* . وظاهر أنه غير الاحالة الحقيقية التى تحصل من قانون بلد الى قانون بلد آخر ، لا من نظام الى نظام داخل بلاد معينة ، سواء كانت النظم شخصية أو اقليمية .

١٩٧ — وعلاوة على الحكمين السابقين قد عثرنا على حكمين آخرين أحدهما صادر من محكمة الاستئناف المختلطة ، ويتعلق بميراث بين يونانيين وقد طبقت فيه

(١) ونحن نقر هذا الرأى وقد أخذ به الحكم المشار اليه هنا وبعض أحكام أخرى أهمها حكم ١٩ يناير ١٩٢٥ م . جازيت ١٦٠ . ١٧٨ .

(٢) اذ الأصل هو وجوب تطبيق قانون جنسية المتوفى ، ولا كانت هذه الجنسية غير موجودة وبالتالي لا يوجد قانون يمكن تطبيقه فيجب تطبيق قانون الوطن أو قانون محل الإقامة وهو هنا القانون المصرى . وهذا الأخير بدوره يحيل على قانون الديانة .

(٣) انظر مطول Pillet . ١ . ١٤٩ و ٥٢٤ Pillet Niboyet . ٤٩٤ . وحكم محكمة باريس Clunet . ١٩٢١ . ٩٥٨ . ومؤلف Eliesco .

« Essai sur les conflits de lois sans conflit de souverainetés » .

(٤) انظر مؤلفه . ١٧٠ . ١ و ٣٧ . ٢٠ وكذلك Clunet . ١٩١٩ . ١٠٤٤ وأيضاً Clunet . ١٩٢٥ . ١٢١ . وتسميتها بالاحالة الضرورية ترجع الى أن القانون المحال عليه مركب ، فلا يحتوى على نصوص موضوعية لحل النزاع ، وإنما يحتوى فقط على قاعدة اسناد داخلية تشير بتطبيق نظام قانوني آخر شخصي أو اقليمي على حسب الأحوال .

المحكمة نظرية الاحالة^(١) ، والحكم الآخر صادر من محكمة المنشية الجزئية في ٢٦ يناير سنة ١٩٣٢^(٢) وأخذت فيه المحكمة أيضا بنفس النظرية .

١٩٨ — وفي النهاية فان حظ النظرية في القضاء المصرى ضئيل ، ويظهر أن تعليل ذلك كما قال المرحوم أبوهيف بك يرجع الى عدم وجود قانون وطنى واحد فى مسائل الأحوال الشخصية يميل القاضى الى تطبيقه . ومن المعلوم أن نطاق الاحالة فى غير الأحوال الشخصية محدود جدا ، لذلك لم تسنح الفرصة كثيرا أمام المحاكم المختلطة كي تطبق هذه النظرية ، وحتى اذا سنحت الفرصة ، فأننى لا أعتقد أن قضاة مختلطين يأخذون بها فى سهولة ، لأن للاعتبارات الوطنية كما قدمت دخلا كبيرا فى الأخذ بهذه النظرية ، ولا يمكننا أن نتطلب ذلك من قضاة مختلفى الجنسية فى بلد سيادته القانونية محدودة .

(١) والحكم الصادر فى ٩ مارس ١٩٠٥ . م . ت . م . ١٨ . ١٥٨ .

(٢) والحكم منشور فى المحاماة . ٧ . ٦٢٨ والاحالة هنا خاصة بمسألة مواريث أيضا .

الفصل الثالث

الحلول العملية

في

مسائل تنازع القوانين

المبحث الأول

عموميات

١٩٩ — تبين قواعد الاسناد في كل بلد القانون الذى يحكم العلاقة القانونية ذات العنصر الأجنبي . ولقد استعرضنا فيما تقدم^(١) المبادئ العامة في الاسناد كما وردت في القانون المصرى ، وعلينا الآن أن ندرس تطبيق هذه المبادئ عملاً ، فيمكننا بذلك أن نحدد نطاق الأخذ بأحكام القوانين الأجنبية وبالتالي مدى سلطان القوانين الموضوعية الوطنية في هذا النوع من العلاقات .

وجدير بالذكر هنا أن المحاكم المصرية قد طبقت القوانين الأجنبية في القليل من الأحوال ، وذلك لأسباب تتلخص في وجود التشريع المختلط من جهة ، ووجود التلازم بين الاختصاص القضائي والاختصاص التشريعى في الكثير من الأحيان ، من جهة أخرى^(٢) . وعلى أية حال فإن تطبيق القوانين الأجنبية لا يتصور حصوله في مصر الا من جانب المحاكم المختلطة أو المحاكم الأهلية^(٣) ،

(١) انظر الفصل الثانى من الكتاب الأول من مؤلفنا .

(٢) انظر مؤلفنا بند ١٤٨ و ١٢ يونيو ١٩٠٧ م . ت . م . ١٩٠٤ . ٣٠٤ و ٢٥ مارس . ١٩٢٠ م . ت . م . ٣٢٠ . ٢٣٧ .

(٣) اذ أنه لا يمكننا اعتبار المحاكم القنصلية محاكم مصرية بدعوى أن النظام المصرى نظام مركب ، ومن ثم تدخل فيه نظم المحاكم القنصلية ، والقول بذلك جرى وراء النظريات الى حد بعيد . قارن Arminjon . ٢ . ٢٦ .

لأن هذه الهيئات زمنية لا دينية ، فيمكنها أن تقضى وفقا لأحكام تشريع أجنبي ، اذا ما أشارت بذلك قواعد الاسناد المصرية .

٢٠٠ - ومن المعلوم أن أهم مجالات تطبيق القوانين الأجنبية مسائل

الأحوال الشخصية ، وهذه المسائل خارجة عن نطاق القوانين الوضعية ، فلا يمكن للمحاكم المختلطة أو للمحاكم الأهلية أن تفصل فيها بصفة أصلية ، وهذا ما نصت عليه صراحة المادة ٤ م . م . والمادة ١٦^(١) من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية ، ولكن اذا أثرت هذه المسألة بطريقة فرعية *par voie incidente* فقد جرت المحاكم^(٢) المختلطة في مبدأ الأمر على الحكم بالايقاف *sursis* مدة الى حين الفصل فيها من جهة الأحوال الشخصية التابع اليها الشخص مصريا كان أو

(١) وتقرر هذه المادة أنه « ليس للمحاكم المذكورة أن تنظر في المنازعات المتعلقة بالدين العمومي أو بأساس ربط الأموال الأميرية ولا في المسائل المتعلقة بأصل الأوقاف ولا في مسائل الأنكحة وما يتعلق بها من قضايا المهر والنفقة وغيرها ولا في مسائل الهبة والوصية والموارث وغيرها مما يتعلق بالأحوال الشخصية ... » وظاهر أن هذه المادة لا تقابل تماما المادة الرابعة مدني مختلط من حيث المسائل المذكورة فيها ، وكذلك من حيث بيان الحق في الايقاف الخ . وان كان الايقاف ظاهرا ضمنا . قارن بند ١٤٤ من مؤلفنا .

(٢) الشطر الأخير من المادة ٤ م . م . و ١١ فبراير ١٨٩٧ م . ت . م . ٩ . ١٨٥ . و ٢٥ مارس ١٨٩٧ م . ت . م . ٩ . ٢٤٧ و ٢٧ مايو ١٩٠٣ م . ت . م . ١٥ . ٣١١ و ١١ يناير ١٩١٢ م . ت . م . ٢٤ . ٨٦ و ٢٢ مايو ١٩١٣ م . ت . م . ٣٥ . ٥٤٥ و ١١ يناير ١٩٢٣ م . ت . م . ٣٥ . ١٥٠ و ٢٧ يونيو ١٩٢٣ م . ت . م . ٣٥ . ٥٣٦ و ١٨ نوفمبر ١٩٢٦ . جازيت . ١٨ . ٣٦ وأسيوط ٢٨ يونيو ١٩٢٤ . محاماة . ٥ . ٣٢٨ . استئناف مصر ١١ يناير ١٩٢٧ . محاماة . ٩ . ١٣٩ . استئناف مصر ٢١ يناير ١٩٣١ . محاماة . ١١ . ١٣٠٩ . وأخيرا حكم محكمة مصر المختلطة في ٥ يونيو سنة ١٩٣٤ وقضى بالايقاف وحدد مدة أربعة أشهر للفصل في المسألة الفرعية بحكم له قوة الشيء المحكوم فيه والافصلت المحكمة فيها (مجلة مصر القضائية *L'Egypte judiciaire* عدد ٩ ديسمبر سنة ١٩٣٤) ومؤلف زميلنا الأستاذ ودينج فرج ، العنوان *Le rôle des tribunaux mixtes et indigènes en matière de statut personnel. 155-156.* وكذلك مؤلف *De Ransas* في الامتيازات . ٢ . ٣٦٣ ، وكذلك *De Hultz* تحت كلمة *Compétence* ، ومقالنا « المحاكم الأهلية والأحوال الشخصية » . ٨٨٠ .

أجنبيا . وسائرتها المحاكم الأهلية في هذه الخطة . ولم يكن التسج على هذا المنوال موفقا دائما بل كثيرا ما ترتب عليه الاضرار بأولى الشأن ، وتعطيل سير العدالة ، ولذلك اضطر القضاء الى الاقلاع عن خطته القديمة ، وأباح لنفسه جواز الفصل فيها^(١) يسمى بالمسألة الفرعية *question préjudicielle* ، توطئة للفصل في الموضوع . ويتحقق ذلك اذا ما ثبت لدى المحكمة أن الدفع الفرعى كيدى لا يقصد منه سوى تعطيل الحكم في الدعوى الأصلية ، أو كانت المسألة الفرعية قد سبق الفصل فيها بحكم حاز قوة الشيء المحكوم فيه فيقضى في هاتين الحالتين بالرفض . كما أنه يصح للمحكمة أن تفصل في المسألة الفرعية اذا كانت عناصرها ظاهرة كل الظهور بحيث لا توجد أية صعوبة متعلقة بتفسير قانون الأحوال الشخصية ، اذ معلوم أن ليس لها أن تأول أحكام هذه القوانين . ففي هذه الأحوال وغيرها مما سنشير اليه حالا قررت المحاكم المختلطة أن الايقاف ليس ضرورة قانونية وانما هو ضرورة واقعية *nécessité de fait* ، ففي كل مرة يمكن للمحكمة التغلب على الصعوبة بسهولة فعلية واجب الفصل في المسألة الفرعية معتمدة في ذلك على أن قاضى الأصل هو قاضى الفرع .

٢٠١ — ومن الجدير بالذكر أن المحاكم المختلطة قد توسعت في هذا الاختصاص الاستثنائى فأصبحت حالات الايقاف قليلة^(٢) بالنسبة لما كان متبعاً من

(١) انظر ١٤ ديسمبر ١٨٩٢ م . ت . م . ٥ . ٤٩ ، و ٢٨ فبراير ١٨٩٥ م . ت . م . ٧ . ١٦٥ ، و ١٤ يناير ١٨٩٧ م . ت . م . ٩ . ١٢١ ، و ١٧ مايو ١٩٠٤ م . ت . م . ١٦ . ٢٥ ، و ٤ فبراير ١٩٠٩ م . ت . م . ٢١ . ١٥٨ ، و ٣ يونيو ١٩٠٩ م . ت . م . ٢١ . ٣٧٣ ، و ١٧ أبريل ١٩٢٣ م . ت . م . ١٥ . ٣١٠ ، و ١٨ ديسمبر ١٩٢٣ م . ت . م . ٣٦ . ٨٨ ، و ٢٤ مارس ١٩٢٥ م . ت . م . ٣٧ . ٣٩٠ ، و ١٥ يونيو ١٩٢٦ م . ت . م . ٣٨ . ٤٧٣ ، و ٧ فبراير ١٩٢٨ م . ت . م . ٤٠ . ١٧٨ ، و ١٧ أبريل ١٩٢٨ م . ت . م . ٤٠ . ٣٠٣ ، واستئناف أهلى ١٢ فبراير ١٩٣٠ محاماة . ١١ . ٦٨٧ .

(٢) فتقضى بالايقاف عند وجود صعوبة حقيقية . ١٢ فبراير ١٩١٩ م . ت . م . ٣٠ . ٢١٨ ، و ١٩ أبريل ١٩٢٣ م . ت . م . ٣٥ . ٣٩ ، و ١٨ ديسمبر ١٩٢٣ م . ت . م . ٣٦ . ٨٨ ، وعلى الأخص ٧ فبراير ١٩٢٨ م . ت . م . ٤٠ . ١٧٨ .

قبل ، ولم يقف التوسع في الاختصاص عند هذا الحد بل ارتأت المحاكم المختلطة أن لها الحق في الفصل في مسألة الأحوال الشخصية ، اذا ما ثبت لديها عدم فائدة الايقاف ، لأن جهات الأحوال الشخصية المفروض فيها الاختصاص قضت بعدم اختصاصها . وقد طبق هذا المبدأ في قضية هنرى سكا كيني الشهيرة^(١) حيث طبق قضاة المختلط قواعد البنوة في الشريعة الاسلامية لاثبات بنوة مسيحي مصرى^(٢) ! وفوق ذلك فان المحاكم المختلطة اعتبرت نفسها محاكم أحوال شخصية بالنسبة للروس اللاجئين وذلك لعدم وجود هيئة أخرى تختص بشأنهم في هذه المسائل^(٣) . ففى جميع هذه الأحوال طبقت المحاكم المختلطة قوانين أجنبية كلما تعلق الأمر بأجانب .

كما أن المحاكم المختلطة طبقت قوانين أجنبية في العلائق المالية سواء كان منشؤها عقوداً أو التزامات مترتبة على أفعال ، وكذلك طبقت قوانين أجنبية فيما يتعلق بالقانون الذى يحكم شكل التصرفات ، وفي المنازعات المتعلقة بمنقولات أو بعقارات موجودة في الخارج اذ أنها طبقت قانون موقعها .

ولا يغيب عن الذهن أن المحاكم المختلطة عند ما طبقت هذه القوانين الأجنبية ، إنما كانت تفعل ذلك بناء على التزامها بتحقيق العدالة ، لا مجرد المجاملات الدولية ، حتى في الأحوال التي لا يوجد فيها نص تشريعى خاص يقضى بذلك^(٤) .

(١) وقد صدر فيها حكم استئنافى في ٢٠ يونيو ١٩٣٣ م . ت . م . ٤٣ . ١٣٤ .

(٢) وفي هذا من الشذوذ ما لا ينبغي لأن الأصل هنا وجوب تطبيق قانون الديانة التي ينتسب اليها الأدب ، ولكن لما كانت أحكام هذه الديانة غير معروفة لدى المحكمة ، استعاضت هنا بأحكام الشريعة الاسلامية ، كل هذا منعا لانكار العدالة والسكوت عن الحكم في الموضوع الأصلي .

(٣) وسنرى فيما بعد أن هذه المسألة قد أخذت دورا هاما في القضاء المختلط . انظر الكتاب الثالث من مؤلفنا .

(٤) انظر حكم استئناف مختلط ١٧ ابريل سنة ١٩١٣ . جازيت . ٣ . ٣٠٩ .

٢٠٢ — والخلاصة أن الأخذ بمقتضى القوانين الأجنبية أو المصرية إنما يتم وفقاً لما تقتضى به قواعد تنازع القوانين المصرية . وتفضيل أحد هذه القوانين المتنازعة دون الأخرى يرجع الى اعتبارات أربعة : (أولاً) أن يكون القانون المطبق هو القانون الشخصى . (ثانياً) أن يكون القانون المطبق هو القانون المحلى . (ثالثاً) أن يكون القانون المطبق هو قانون موقع المال . (رابعاً) أن يكون القانون المطبق هو قانون ارادة المتعاقدين . وسنبحث تطبيق كل من هذه القوانين فى مبحث على حدة .

المبحث الثانى

فى

تطبيق القانون الشخصى

٢٠٣ — رأينا عند تحليلنا للنصوص المقررة لقواعد تنازع القوانين المصرية ، أن هذه النصوص كثيراً ما ذكرت قانون الجنسية . فأخضعت لحكمه مسائل متعددة أخصها ما تعلق بالأحوال الشخصية ، فاعترفت بذلك بمبدأ شخصية القوانين من هذه الوجهة ، فالقانون الشخصى بالنسبة للأجانب هو قانون جنسيتهم^(١) وبالنسبة للمصريين هو قانون ديانتهم ، فيباح لكل شخص الاستفادة من تطبيق هذا القانون فى المسائل التى ذكرها المشرع المصرى فى النطاق السالف . ونص المادة ٤ م . م . قاطع فى هذا الصدد وإن كان يتكلم فقط عن الاختصاص ، ولا يقل عنه صراحة نص المادة ١٦ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية ، وذلك رغم ما بينهما من فوارق . وقد ذكرنا أن حكم المادة

(١) سواء كانوا تابعين لدول من أصحاب الامتيازات أو لا . ويكون الفارق هو وجود محاكم أحوال شخصية فى مصر بالنسبة للأولين دون الآخرين الذين يجب عليهم اللجوء الى محاكم بلادهم مهما بعدت ! !

الرابعة كرهه الشارع بعد ذلك مرارا فى المواد ٧٧/٧٨ و ١٣٠/١٩٠ م . ا . م .
 فىلزمنا اذن كى نحدد نطاق تطبيق القانون الشخصى أن نعرف أولا المراد باصطلاح
 الأحوال الشخصية فى نظر المشرع المصرى ؟ فإذا رجعنا الى النصوص التشريعية
 السالفة وجدناها قد اكتفت بتعداد بعض المسائل الداخلة فى نطاق الأحوال
 الشخصية دون البعض الآخر ، فلم يأت فى المادة الرابعة المختلطة ذكر للهبة مع أنه
 من المتفق عليه فقها وقضاء تعلقها بالأحوال الشخصية^(١) خصوصا وأنه قد ورد
 ذكرها صراحة فى المادة ١٦ من لأئحة ترتيب المحاكم الأهلية^(٢) ، ومن الجهة الأخرى
 فقد ذكرت المادة الرابعة مختلطة أن المسائل المتعلقة بالزواج ومنها النظام المالى للزوجية
 تدخل ضمن مسائل الأحوال الشخصية وأخضعها لحكم القانون الشخصى ،
 ورأينا فىما مضى أن المحاكم قد حكمت باعتبار مشارطات الزواج خاضعة لقانون
 ارادة المتعاقدين ، وهكذا لا تخضع دائما للقانون الشخصى ، وذلك نظرا لصبغتها

(١) وهناك من يخالف هذا الرأى . انظر De Rausas . ٢ . ٣٦٤ وما بعدها ، وعكس
 ذلك ٣٠ يناير ١٩٠٢ م . ت . م . ١٤ . ١٠٦ الذى قضى بأن دعوى تنزيل الهبة الى
 الحد الجائز شرعا من اختصاص قاضى الأحوال الشخصية .

(٢) وهذا لا يبنى وجوب مراعاة الأحكام التى أوردها المشرع صراحة فى النصوص
 المدنية (المادة ٤٨/٧٠ م . ا . م . وما بعدها) ، انظر كامل مرسى بك « الملكية والحقوق
 العينية » الجزء الثانى . ٢٨٣ . حيث يقرر أن الشارع قد اعتبر الهبة من مسائل الأحوال
 الشخصية لما لاحظته من أنها تقوم غالبا على فكرة التبرع المندوب اليه ديانة ، فأخرجها من
 اختصاص المحاكم المدنية التى ليس فى نطاقها النظر فى المسائل التى قد تحوى عنصرا دينيا ذا أثر
 فى تقرير حكمها (راجع تقض ٢١ يونيه ١٩٣٤ محاماة . ١٥ . ٨٧) . وفى رأى العميد
 أنه يجب أن يطبق على الهبة النصوص المدنية ، ولا يرجع الى أحكام قوانين الأحوال الشخصية
 الا عند عدم وجود نص فى القانون . وانظر أيضا قضية البرنس جمال الدين السابق الاشارة اليها ٢٣ مارس
 ١٩٢٦ م . ت . م . ٣٨ . ٣٠٢ اذ لم يستأزم قسمة الموهوب المشاع لصحة الهبة وذلك
 حسبما تقضى به الشريعة الاسلامية .

المالية وابعدها عن اللصوق بشخص الزوجين^(١) وكذلك اذا بحثنا عن المسائل المتعلقة بالأبوة والبنوة لا نجد لها أثرا في النصوص التشريعية^(٢) فهل معنى ذلك أنها خارجة عن الأحوال الشخصية ؟ هذا ما رفضت المحاكم المختلطة^(٣) الأخذ به رغم قولها في بعض أحكامها أن المسائل الواردة في المادة الرابعة المختلطة قد أتت على سبيل الحصر ، لا على سبيل المثال . ومن المعلوم أن هذه المحاكم قد استندت على هذه الحجة لكي تعطى نفسها اختصاصا واسعا فيما يتعلق بمسائل الأوقاف وما زالت طبيعة الوقف القانونية محل خلاف كبير^(٤) .

٢٠٤ — واصطلاح الأحوال الشخصية جديد في مصر ، اذ دخلها بدخول التشريعات الوضعية ، فهو اذن غير معروف عند علماء الشريعة الغراء ، فلا يصح أن نرجع الى أقوال هؤلاء لكي نقف على تحديد نطاقه ، خصوصا اذا راعينا أن المشرع المصري قد تغاضى عن ذكره في لائحة ترتيب المحاكم الشرعية عند بيانه لاختصاصها فاستبدل به عبارة « المواد الشرعية »^(٥) ، وهو تعبير على ما يظهر أقرب الى الانسجام مع المصطلحات الشرعية . فإذا يقصد اذن باصطلاح الأحوال الشخصية ؟ عرفنا أن هذا الاصطلاح قديم ويرجع في تاريخه على الأقل الى أيام Dumoulin ، وأن النظريات المختلفة لم توفق بالضبط لتحديد نطاقه^(٦) ، وأن المشرع الفرنسي الذي نقل عنه المشرع المصري أغفل ذكره وليس له أساس سابق في مصر . لذلك كانت الصعوبات كبيرة بشأن تحديد

(١) انظر مع ذلك ٩ فبراير ١٩٢٦ . ٣٨ . ٢١٩ .

(٢) اذ لم تذكر على الأقل صراحة ، وان كان ذلك مستفادا ضمنا من ملك المشرع المصري من جهة ، ومن جهة أخرى من ذكر مسائل الزواج والأنكحة لأنها تدخل تبعا لها في اختصاص قاضي الأحوال الشخصية .

(٣) وكذلك المحاكم الأهلية استئناف أهلى ١١ أبريل ١٩٢٨ محاماة . ٨ . ٩١٤ .

(٤) انظر الأحكام المشار إليها في مجموعة بسطوروس . ١ . ٣٦٤ وما بعدها .

(٥) راجع المادتين ٦ ، ٧ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية .

(٦) راجع Lévy-Ullmann في دروس الدكتوراه . ١٩٣٥ . ١٦٥ وما بعدها .

نطاقه وان كان القضاء ^(١) قد جرى على استعماله في الكثير من أحكامه دون أن يلتفت الى الصعوبات السالفة ، وللتغلب عليها يلزمنا أن نرجع بصفة أصلية الى أقوال الكتاب الفرنسيين وما جرى عليه القضاء في مصر .

٢٠٥ — ويعترف الشراح في فرنسا بصعوبة تحديد مرعى هذا الاصطلاح لأنه لا يقوم على عناصر دقيقة وإنما يعتمد على التصور évocation فعند سماعه يشمر الانسان أن المراد به هو بيان القوانين والعادات المتصلة بشخص الانسان ، والتي تتبعه أينما سار . فتحديد معنى هذا الاصطلاح مرتبط بآذن بمدى مبدأ شخصية القوانين .

٢٠٦ — ولقد حاول كتاب القانون المدني الأقدمون أن يبينوا مداه فلم يوفقوا توفيقاً كاملاً فاذا رجعنا الى Pothier ^(٢) وجدنا أنه يقول بأن المراد به هو النصوص التشريعية وقواعد العادات التي تنظم حالة état الشخص وأهليته ، وكذلك المسائل المتعلقة بالولاية والوصاية . ونحنا نحو Pothier العالمان Aubry et Rau . فلم يضما تعريفاً للأحوال الشخصية وذلك رغم شغفهما الشديد بالتعريفات بل اكتفيا بمجرد الوصف وضرب الأمثال لصعوبة التحديد ، وقالوا في النهاية بأن مسائل الأحوال الشخصية هي ما تعلقة بالحالة والأهلية مطلقة كانت أو مقيدة ^(٣) ، وحبذا الأخذ بأفكار D'Argentré في هذا الصدد .

٢٠٧ — ويظهر أن للأحوال الشخصية في فرنسا معنى تقليدياً يتلخص

(١) ٢ مارس ١٩٢٢ م. ت. م. ٣٤ . ٢١٤ و ٩ فبراير ١٩٢٦ م. ت. م. ٣٨ . ٢٢٠ وتقض مصرى ٣٠ نوفمبر ١٩٣٣ . مجلة القانون والاقتصاد ٤ ملحق العدد الأول . ١٨ .

(٢) مؤلفه . ٢ . ١ .

(٣) أى سواء تعلق بالتصرفات على العموم ، أو كانت مقيدة ببعض منها . أى أن الكائنين جمعاً في صعيد واحد ما يعرف بالأهلية العامة والأهلية الخاصة . قارن دروس Lévy-Ullmann ١٩٣٥ . ١٣٧ ومؤلف الكائنين في القانون المدني . ١ . ١٣٧ ومقالنا « المحاكم الأهلية والأحوال الشخصية » . ٨٠٣ .

في أنها تشمل كل ما يتعلق بحالة الشخص العائلية وأهليته ، ولو أنهم يتوسعون في ذلك أحيانا فيعرفونها بأنها القوانين المنظمة لحالة الأشخاص على العموم . فيتاح بذلك للفرنسيين المقيمين أو المتوطنين في الخارج الاستفادة من نظم الأحوال الشخصية الفرنسية . وقد رأينا أنه على هذا الأساس أتيح للأجانب ، عن طريق التبادل ، الاستفادة من مزية أحوالهم الشخصية متى وجدوا في فرنسا ، فيعتبر قانون أحوالهم الشخصية هو قانون جنسيتهم .

على أنه كان من الصعب دائما وضع مقياس للفرقة بين الأحوال الشخصية وغيرها من الأحوال وعلى الأخص الأحوال العينية . ومن المعلوم أن الاصطلاحين قديمان عرفا منذ زمن بعيد ، فأقرهما القانون الفرنسي القديم ، ودخلا القانون الفرنسي الحديث كما تشهد بذلك الأحكام ، وإن كان معناه قد تطور وتطور ، خصوصا بعد أن ظهرت عدة أحوال أخرى بجانبهما . واعتقد الأستاذان Aubry et Rau وجود هذا الضابط ققلا بضرورة الرجوع الى طبيعة الأشياء والى نص المادة الثالثة من المجموعة المدنية الفرنسية^(١) . ولم يتورط القضاء الفرنسي في وضع مقياس عام بل بحث كل حالة على حدة ، فنشأ عن ذلك خلاف في بعض المسائل .

٢٠٨ — أما في مصر ، فالصعوبة أكثر في وضع مقياس للفرقة بين ما يدخل في الأحوال الشخصية وغيرها ، ويرجع ذلك في نظرنا الى أسباب أربعة : أولا . عدم وجود قانون عام للأحوال الشخصية ، لذلك كان من الطبيعي أن تختلف وجهات النظر حتى في خارج القضاء على ما يدخل في الأحوال الشخصية وما لا يدخل فيها . ثانيا . أنه لا يمكن الرجوع الى الشريعة الإسلامية لاستطلاعها المراد بالأحوال الشخصية لأن الشريعة لا تعرف هذا الاصطلاح ، إذ أن تصرفات الأحوال الشخصية تدخل تحت قسم المعاملات عند علماء الشريعة

(١) انظر Aubry et Rau . ١ . ١٣٧ .

ثالثا . أن نصوص الأحوال الشخصية ^(١) التي أعلنت وقت ادخال المجموعة المدنية قاصرة عن أن تؤدي حولا لجميع الصعوبات التي تظهر في العمل ، هذا علاوة على أن المشرع المصري قد أدخل في اختصاص جهات الأحوال الشخصية مسائل تبعد الى حد كبير عن نظام العائلة كالمواريث والوصايا ^(٢) . رابعا . رغبة الهيآت القضائية المنتشرة في البلاد في التوسع في اختصاصها ما أمكن ، ولو على حساب بعضها البعض .

٢٠٩ — ازاء ما تقدم كان طبيعيا أن يحار القضاء في تحديد هذا الضابط فسار في بداية الأمر على القول بأنه تدخل ضمن الأحوال الشخصية النظم القانونية التي لم ينظمها المشرع المدني تنظيميا كاملا .

وقالت أحكام أخرى بوجوب التفرقة بين المنازعات ذات اللون المالي ، والمنازعات ذات اللون الشرعي ^(٣) ، ولما عرض الأمر أمام محكمة النقض المصرية ^(٤) بمناسبة النفقات ووجود نصوص متعارضة بشأنها في المجموعة المدنية الأعلى ولائحة ترتيب المحاكم الأهلية والشرعية قضت باعتبار النفقة داخلة في الأصل ضمن اختصاص جهات الأحوال الشخصية ، أي أنها تدخل ضمن الأحوال

(١) كما أن عبارة النصوص المدنية عامة وغامضة كالمادة ٤ . م . م ، وكذلك المادة ٩ . م . م ، ١٦ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية ، كما أن هناك مسائل أتت فيها نصوص مشتركة كالنفقة والهبة ، وغنى عن البيان مسائل الأوقاف إذ لا يمكن أن يعرف الى أى حد بالضبط يجب تطبيق النصوص المدنية . انظر مجموعة بسطوروس . ١ . ٣٩٤ وما بعدها .

(٢) وسنرى أن لنظام الامتيازات هنا شأننا كبيرا .

(٣) حكم محكمة مصر الكلية ٢٨ ابريل ١٩٣١ المحاماة . ١٣ . ١٩٣ .

(٤) ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٣٣ والحكم منشور في مجلة القانون والاقتصاد . ٤ . ملحق العدد الأول . ١٨ . وجاء فيه أنه عند اجتماع المانع لحكم والمقتضى له يقدم المانع لهذا تكون المحاكم الأهلية غير مختصة بالفصل في نفقة الزوجة . وقرر نفس الحكم اختصاص المحاكم الأهلية في أحوال تقرير النفقة المذكورة في النصوص المدنية التي ليس لها ذكر في قوانين الأحوال الشخصية للطرفين .

الشخصية . ولكن عندما بحث^(١) في وصايا المسيحيين والقانون الواجب تطبيقه عليها تعرضت لتعريف الأحوال الشخصية وما يدخل فيها ، فذكرت أن النفقة داخلة ضمن الأحوال العينية لأنها من الأمور المتعلقة بالمسائل المالية . ولا شك أن التناقض ظاهر في قضاء محكمة النقض . وفي هذا ما يدلنا على الصعوبة في وضع ضابط للفرقة بين الأحوال الشخصية وغيرها . وجدير بنا أن نذكر التعريف الذي قالت به محكمة النقض ، للأحوال الشخصية : « المقصود بالأحوال الشخصية هو مجموعة ما يتميز به الانسان عن غيره من الصفات الطبيعية أو العائلية التي رتب القانون عليها أثرا قانونيا في حياته الاجتماعية ككون الانسان ذكرا أو أنثى وكونه زوجا أو أرملًا أو مطلقا أو أبًا أو ابنا شرعيا أو كونه تام الأهلية أو ناقصها لصغر سن أو عته أو جنون أو كونه مطلق الأهلية أو مقيد بها بسبب من أسبابها القانونية » . وظاهر أن هذا التعريف يدخل ضمن الأحوال الشخصية ما يعرف الآن باسم الحالة état والأهلية capacité بأنواعها ، ولذلك كان قريبا جدا من التعريف الذي ذكره Aubry et Rau . غير أنه معيب لأنه لم يميز بطريقة ظاهرة بين الحالة والأهلية إذ اعتبر الأخيرة داخلة ضمن الأولى ، كما أنه يشعر بأن الأحوال الشخصية والحالة اصطلاحان مترادفان ، وهما مختلفان ، إذ الأحوال الشخصية أعم ، والحالة داخلة فيها كما سندكره فيما بعد .

ولقد تعرض بعض رجال الفقه في مصر^(٢) لتحديد المراد بالأحوال الشخصية ووضع ضوابط للفرقة فيما يدخل ضمنها ، نظرا لأهمية ذلك من حيث الاختصاص الداخلي ، وبالتالي من حيث معرفة القانون الواجب التطبيق . وآراؤهم لا تبعد كثيرا عما قال به القضاء .

(١) والحكم صادر في ٢١ يونيه سنة ١٩٣٤ ومنشور في المحاماة . ١٥ . ٨٧ وسنعود اليه بايضاح أكثر فيما بعد .

(٢) وقد أشرنا اليها في مقالنا « المحاكم الأهلية والأحوال الشخصية » . ٨٠٦ . وكذلك راجع مؤلف Messina . ١٠٢ وما بعدها .

٢١٠ - وعندي أنه لتحديد ما بقى من الاختصاص لقاضى الأحوال الشخصية فى مصر يجب الاسترشاد بعمل المشرع المصرى فى هذا الصدد . ومن المعلوم أن المشرع عند وضعه للنصوص المدنية اهتدى بالمشرع الفرنسى فنقل عنه تقسيماته الرئيسية ، وأهم ما يلاحظ فى هذا المنحى أنه أسقط من مجموعته المدنية الكتاب الخاص بالأشخاص^(١) ، فبنى على ذلك ، أن الأنظمة القانونية الماثلة أو المشابهة لما ذكر فى المجموعة الفرنسية فى الكتاب الخاص بالأشخاص تخرج عن اختصاص المحاكم المدنية لى تكون من اختصاص قاضى الأحوال الشخصية . وعلى هذا الأساس يكون من اختصاص القاضى الأخير كل ما تعلق بالزواج والطلاق والأبوة والبنوة والتبني والوصاية والسلطة الأبوية والأهلية وكل ما تفرع عنها من قصر ورشد وحجر . الخ . ولو اتبعنا هذا الضابط بدقة كان علينا أن نخرج من اختصاص قاضى الأحوال الشخصية كل ما تعلق بالمواريث والوصايا والهبات^(٢) لأن المشرع الفرنسى ذكرها فى الكتاب الخاص بالأموال باعتبارها ضمن أسباب اكتساب الملكية ، ولكن يمنع من ذلك أن المشرع المصرى قد أسقطها من مجموعته فلم يورد بشأنها سوى بعض النصوص التى أوردت أحكاما فى مسائل معينة محدودة ، ولذا كان من اللازم الرجوع الى قاضى الأحوال الشخصية ، بحسب الأصل ، بشأنها . ويظهر أن المشرع المصرى فى مسلكه هذا قد تأثر بما كان متبعاً فى مصر قبل نظام الإصلاح احتراماً منه للحقوق المقررة بالامتيازات^(٣) . وهكذا أصبح لاصطلاح الأحوال الشخصية معنى أوسع فى مصر عنه فى أغلب البلاد الأوروبية . ودخلت فيه مسائل لا توجد بينها وبين الحالة أو الأهلية رابطة محسوسة .

(١) قارن مقالنا « المحاكم الأهلية والأحوال الشخصية » . ٢٩٨ .

(٢) وكذلك مسائل الأوقاف ، مع أنه من المقرر أنها تدخل فى اختصاص المحاكم الشرعية وفقاً لما كان متبعاً قبل نظام الإصلاح .

(٣) وهذا الوضع معروف فى بلاد أفريقيا المالية حتى اليوم .

وعلى أية حال فإن المشرع المصرى لم يضع ضابطا صريحا يرجع اليه عند الشك أو الغموض فقلد بذلك المشرع الفرنسى ، ويظهر أن السر في ذلك هو صعوبة وضع مقياس يبعد عن مواطن الزلل ، فانتهى بترك الأمر للفقه والقضاء .

ومع ذلك فهناك مسائل أقر المشرع المصرى صراحة بدخولها ضمن الأحوال الشخصية وبخضوعها للقانون الشخصى . وهذه وردت في المادة الرابعة مختلطة والمادة ١٦ من لأئحة ترتيب المحاكم الأهلية ، فيجب إذن أن تفحص هذه المسائل مسترشدين بأحكام المحاكم فيها .

٢١١ — بدأت المادة الرابعة المختلطة بذكر المسائل المتعلقة بالحالة *état* ،

فما هو المقصود بالحالة ؟ قال الشراح الأقدمون انها عبارة عن مجموعة الصفات التى تكون الشخصية القانونية للانسان فتميزه عن غيره ، وهذه الصفات طبيعية ومدنية ، ويعرفها الشراح الحديثون بأنها المركز الذى يشغله الشخص في الجماعة ، والذى من أجله يعترف له القانون بجملة حقوق .

وهناك عاملان رئيسيان ترتكز عليهما حالة الانسان الآن . وهما الوطن والعائلة ، فحالة الوطنى تخالف حالة الأجنبى ، ويحدد قانون الجنسية علاقة الشخص بوطن معين أى دولة معينة . كما أن مركز الشخص في العائلة يؤثر في حالته فالمتزوج يختلف عن الأعزب ، وكذلك من له أولاد تختلف حالته عن ليس له (*status familia*) ^(١) .

وبجانب هذين العاملين الرئيسيين توجد عوامل أخرى تؤثر في حالة الانسان

(١) وقد أثار تعريف الحالة خلافات كبيرة بين الكتاب في فرنسا اذ اعتاد البعض أن يخلط بين الحالة *état* والشخصية *personnalité* والأهلية *capacité* . ومن الكتاب من توسع في معنى الحالة كالكتابين Aubry et Rau وتابعهم في ذلك الى حد كبير Colin et Capitant . وضيق من معنى الحالة الأستاذ Planiol وعلى الأخص في الطبعة الأخيرة التى تقمها Ripert . وظهر هذا الخلاف عند أساتذة القانون الدولى الخاص مثل Lainé و Weiss . ويضيق نطاق هذا السفر عن ذكر كل هذه الخلافات لذلك نكتفى بالإشارة الى دروس الأستاذ Lévy-Ullmann الدكتوراه . ١٩٣٥ . ١٥٥ . وما بعدها .

المدنية ، كتكوينه الطبيعي ، وجنسه وسنه وحالته العقلية . فيجب اذن الوقوف على كل هذه العوامل لتحديد حالة الشخص تماما . ولا يغيب عن الذهن أنه في مصر لا بد من مراعاة عامل آخر ، وهو عامل الدين ، اذ الدين يؤثر في حالة الأفراد ، فالمسلم لا يوجد تماما في نفس الحالة التي يوجد فيها المسيحي أو اليهودي . فاختلاف الملل له أثر من جهة الوجهة . ويقرر المرحوم أبوهيف بك^(١) أن اصطلاح الحالة *état* و *status* نسبي يختلف وصفه وحكمه باختلاف القوانين والبلدان ، وان قوانين العالم لا تختلف في موضوع أكثر منها في موضوع الحالة فالتبني وعزوبة الرهبان وتعدد الزوجات ، وجعل ولد السفاح شرعيا بالتزوج من أمه ، وغير ذلك من الأنظمة المشروعة في بعض القوانين والتي قد تكون غير مقبولة بل محرمة في قانون بلد آخر .

٢١٢ — وسنرى في الكتاب الخاص بالجنسية كيف تتحدد حالة الشخص بالنسبة لاتصاله بوطن معين ، ونبحث الآن ، كيف تتحدد حالة الشخص بالنسبة لاتصاله بعائلة معينة . وأساس نظام العائلة هو الزواج ولذا نبدأ به .

٢١٣ — يخضع الزواج في مصر في كل ما يتعلق به للقانون الشخصي ، أى لقانون الأحوال الشخصية للجهة التابع لها الزوجان في الاختصاص ، فان كانا مسلمين اتبعت الشريعة الغراء فيرجع اليها لمعرفة أهلية الزوجين ووجود الزواج ، وعدم وجود المانع الشرعى ، وعلى العموم في كل ما يتعلق بصحة الزواج وفساده وكذلك في الآثار المترتبة عليه أو ما يسمى بالالتزامات القانونية التي تنشأ بفعل الزواج وبدون حاجة الى اظهار ارادة خاصة بذلك^(٢) . أما بالنسبة لاثبات الزواج عند المنازعة فلم تستلزم الشريعة شكلا دينيا خاصا ينعقد به *célébration du mariage* ويرجع اليه في الاثبات ، كما جرت على ذلك أغلب الأديان ،

(١) راجع مؤلفه . ٤٢٠ ومؤلف Dicey . ١ . ٥ و ١٦٤ .

(٢) أما بالنسبة لالتزامات النفقة ففي الأمر خلاف سنعرض له فيما بعد .

وكذلك التشريعات الوضعية ، بل اكتفت بمجرد الإيجاب والقبول الاعتبارين ، وحضور شاهدين مستوفيين للشرائط كما في سائر العقود الأخرى . ولكن المشرع المصري ارتأى مع ذلك أخيراً منع القضاة الشرعيين من سماع دعوى الزواج إذا لم يكن ثابتاً بمجرد رسمي أمام القاضي أو مأذونه^(١) . فالزواج في ذاته من الوجهة الدينية صحيح ولكن الممنوع هو سماع الدعوى الخاصة به ، ولكن نظراً لما يترتب على هذا المنع من نتائج خطيرة اضطّر المسلمون الآن إلى تحرير عقود زواجهم بموافقة الشكل الرسمي دون الاكتفاء بالوضع الديني السالف . فإذا كان الزوجان غير مسلمين يرجع إلى جهة الاختصاص الدينية في كل ما يتعلق بالزواج على حسب الإيضاح السابق . والأمريهين متى كان الزوجان متحدى الملة^(٢) . أما إذا كان الزوجان أجنبيين فالمرجع في زواجهما عند التنازع إلى جهة الاختصاص القنصلية إذا كانا من رعايا دولة من الدول صاحبات الامتياز ، فإن كانا من رعايا دولة أجنبية غير متمتعة بالامتيازات فلا توجد جهة قضائية في مصر يرجع إليها إذا حصل نزاع بشأن زواجهما^(٣) . أما فيما يتعلق بإتمام عقد الزواج في ذاته فهذا أمر هين ، إذ يمكنهما اللجوء إلى قنصليتهما أو إلى إحدى الجهات الدينية التابعة لها ديانة^(٤) .

٢١٤ — وعلى العموم فإن الحلول السابقة بعيدة عن التعقيد وأساسها

(١) وقد عدلت اللائحة الشرعية مراراً في هذا الصدد منذ سنة ١٨٩٧ وكذلك في سنة ١٩١٣ وأخيراً في سنة ١٩٣١ والشكل هنا يقصد به تسهيل الإثبات فحسب *ad solemnitatem* .

(٢) انظر المجموعات العشرية المختلطة تحت كلمة *Patriarcats* .

(٣) ويظهر أن رعايا دولة رومانيا يتمتعون بمعاملة خاصة ، بموجب اتفاقات خاصة ولو أن رومانيا ليست من الدول صاحبات الامتيازات . وسنعرض لهذه المسألة في الكتاب الرابع من مؤلفنا . قارن *Pillet-Niboyet* . ٧٢١ وما بعدها .

(٤) انظر ٩ فبراير ١٩٢٦ . ٣٨ . ٢١٩ و ١٩ يناير ١٩٢٤ . م . ت . م . ٣٦ . ١٨٠ و ٢٥ مارس ١٨٩٧ . م . ت . م . ٩٠ و ٢٤٦ و ٢٩ يناير ١٨٩١ . م . ت . م . ٣ . ١٤٥ .

عدم وجود قانون وطنى واحد للأحوال الشخصية الخاصة بالمصريين ، اذ أن هذا القانون مختلف باختلاف الأديان ، أما بالنسبة للأجانب فيطبق قانون الجنسية أسوة بالتشريع الفرنسى وكذلك بالتشريع الايطالى . وأساس تطبيقه أن قانون كل دولة وضع لحماية العائلة التى تقوم عليها الدولة فلا يصح تطبيق قانون آخر ^(١) . وتبدأ الصعوبات عند ما تختلف جنسية الزوجين أو دياتهما ، ويزيد الأمر صعوبة أنه لا توجد لدينا نصوص تشريعية تفصل فى هذه المعضلة فتقضى بتفضيل أحد القانونين على الآخر أو توجب تطبيق أحدهما على حسب الأحوال . وقضت المحاكم المختلطة بهذه المناسبة أنه عند اختلاف جنسية الزوجين يجب أن نرجع لقانون جنسيتهما فى تحديد أهليتهما للزواج ، وذلك بالتطبيق للمادة ١٩٠ ^(٢) م . م واستندت المحكمة فيما يتعلق بالزواج على اتفاقات لاهى فى سنة ١٩٠٢ التى لم تشترك فيها مع ذلك مصر ، فقررت المحكمة أن لمثل هذه الاتفاقيات قيمتها ، وأخذت بأحكامها لأنها المتبعة علما وعملا ^(٣) ، وبناء على ما تقدم قضت المحكمة ^(٤) ببطلان الزواج الحاصل بين مصرية مسلمة وروسى أرثوذكسى

(١) ومن هنا يرى الجمع بين فكرتى السيادة أى سيادة الدولة على رعاياها ولو وجدوا فى الخارج ، وتحقيق الأغراض التى يرمى اليها القانون . قارن Poulet بند ٥٤ .

(٢) ومع ذلك فلا أهلية فى عقد الزواج معنى آخر خلاف الأهلية فى العقود المالية وذلك نظرا للالتزامات التى يربتها القانون على عقد الزواج — كيفية الوفاء بها وانقضائها — ولا غرابة فى ذلك لأن عقد الزواج يترتب عليه تغيير فى الحالة . قارن Bartin . ٢ . ١٢٠ و Makarov . ٣١٠ .

(٣) وتنص المادة الأولى من هذه الاتفاقات على أن الحق فى عقد الزواج يخضع لقانون جنسية الزوجين المستقبلين الا اذا أحال هذا القانون الى قانون آخر . Makarov ٣١٣ . وقد حوت اتفاقية لاهى نصوصا مقررة لاستثناآت تمنع من تطبيق قانون الجنسية .

(٤) استئناف مخطوط ١١ يونيه ١٩١٣ جازيت ٣ . ١٩٦ وكتاب أبى هيف بك . ٤٣٩ و ٤٧٢ . ورغبة فى تصحيح الزواج أسلم الزوج وعقد عليها من جديد وتسمى باسم « الشيخ جلال الدين محمد عبد الرحمن » . ولكن ماذا يكون الحكم لو اختلفت ديانة الزوجين المصريين فهل يرجع هنا الى القانون الدينى لكل منهما للحكم فى صحة الزواج أو يرجع الى قانون الزوج وحده ؟ والحل ظاهر اذا كان الزوج مسلما لأن اعتبارات النظام العام تدعو الى تغليب =

لأن الشريعة الإسلامية ، وهي الشريعة التي تحكم الأحوال الشخصية للمرأة لا تقر هذا الزواج .

وهذا الحكم وان كان صحيحا فيما وصل اليه الا أننا نعتقد مع ذلك أنه ربما كان خاطئا في التدليل ، اذ قرر أن هذه المرأة غير أهل للزواج من مسيحي ، والواقع يخالف ما تقدم اذ أن هذه المرأة أهل للزواج وانما الذي أبطل الزواج قيام المانع الديني *prohibition confessionnelle* في شخص الزوج وهو عدم اسلامه ، فأهلية الزواج اذن عند المرأة كاملة غير منتقصة وانما أبطل زواجها وجود المانع السالف الذكر .

وفي قضية أخرى حكمت المحاكم المختلطة ^(١) بأن زواج التركية بايراني (وها مسلمان) يعتبر صحيحا رغم المنع الوارد في القانون التركي القديم . وأساسه اختلاف المذهب ، اذ من المعلوم أن الإيرانيين من الشيعة بخلاف الأتراك . وقد عللت المحكمة حكمها بأن هذا المنع متعلق بنظام البوليس *mesure de police* أي منع محلي ، لا يتجاوز الاقليم ، كما أنه لا يقصد بتقريره ايجاد مانع شرعي من الزواج اذا اقتصر الذكر على التركي على القول بأن الأولاد الناتجين عن هذا الزواج يعتبرون أتراكا لا إيرانيين ، ولم ينص على بطلان الزواج . والخلاصة اذن أن المنع لا يتعلق بالأهلية .

= الشريعة الإسلامية ، وكذلك يكون الحكم لو أن الزوجة كانت مسلمة اذ أن الزواج باطل شرعا هنا . ولكن تتعد الأمور لو أن الزوجين كانا غير مسلمين وكل منهما ينسب الى ديانة أو مذهب مخالف للآخر .

وفي رأى الدكتور الزيني أن الزواج في هذه الحالة الأخيرة يخضع لأحكام الشريعة الإسلامية بشأن زواج غير المسلمين لأن جهة الاختصاص بشأنه هي المحاكم الشرعية (انظر مذكراته . ٢٦٤) وللإختصاص في مسائل الأحوال الشخصية في مصر تأثير في القانون الواجب التطبيق . ونحن نقر هذا الرأي قارن بند ١٥٥ من مؤلفنا ، و Bartin . ٢ . ١٢١ .

(١) ٢٥ مارس ١٨٩٧ . م . ت . م . ٩ . ٢٤٧ . ابو هيف بك . ٤٧٩ وقارن

ولقد أصدر المشرع المصري في صيف سنة ١٩٣٣^(١) قانونا حرم به على موظفي السلك السياسي والقنصلي الزواج من أجنبيات والا اعتبروا مستقيلين من وظائفهم . فهذا المنع لا يتعلق بدوره بالأهلية ، ولا يمكن أن يترتب عليه بطلان الزواج ، على الأقل ، وفقا لقانون الزوج ، لأن هذا البطلان لم يأت به نص في القانون ، فاذا تم هذا الزواج رغم المنع فانه صحيح ومعتبر ومنتج لكل آثاره ، ولكن يترتب عليه فقط الجزاء الإداري ، وهو الفصل من الوظيفة بناء على الاستقالة الضمنية . وليس هذا التشريع الأول من نوعه بل هنالك دول أخرى أخذت به ، ويقصد به كما هو ظاهر حماية مصلحة الدولة ومنع الأجنبيات من الاتصال دائما بممثلي الدولة في الخارج لما قد يترتب على ذلك من مضار ، وعلى الأخص اذا كان الاختيار غير موفق .

٢١٥ — وعلاوة على هذه الموانع الدينية والإدارية^(٢) . فانه توجد في بعض البلاد موانع متعلقة باللون . ففي الولايات المتحدة لا يمكن للسود أن يتزوجوا من البيض ، فمثل هذا الزواج باطل . والمنع هنا متعلق بالأهلية وفقا للقانون الأمريكي ، فاذا فرض أن تم زواج بين أمريكية بيضاء وأمريكي زنجي من

(١) وهو القانون رقم ٤١ . ١٩٣٣ وهاك لموصفه الهامة بعد الديباجة :

(١) لا يجوز للمثابن السياسيين والقنصلين ولا للمأموري القنصليات الزواج من غير مصرية .

(٢) الموظف الذي يخالف الحكم المتقدم الذكر يعتبر مستقila ومع ذلك يبقى له الحق في المكافأة أو المعاش .

(٣) يسرى هذا القانون على أمناء المحفوظات والمفوضيات والقنصليات وكذلك على التلاميذ الملقين بالسلك السياسي والقنصلي .

وقد حصل التساؤل عما اذا كان من الممكن التخلص من هذا المنع عن طريق أخذ إذن من وزير الخارجية . وعندنا أن هذا الإذن غير كاف إذ أن وزير الخارجية لا يمكن أن يملك رفع الحظر المقرر بقانون بعمل إداري من جانبه ، دون تفويض تشريعي بذلك .

(٢) ويرى الأستاذ Bartin الرجوع الى قانون الزوج في كل ما يتعلق بالموانع من الزواج . ١٢٣ . ٢ .

الهنود الحمر ، وعرض أمر هذا الزواج على المحاكم المختلطة فماذا يكون الحكم ؟ في اعتقادي أن هذا المنع متعلق بالأهلية في أمريكا فقط ، فلا يتعداها اذن الى الخارج ، فيجب الحكم بصحة هذا الزواج لأن التكييف يخضع لقانون القاضي ، وهذا ما حكمت به المحاكم في فرنسا وكذلك في إنجلترا^(١) فاعتبرت أن المانع من الزواج هنا محلي ، وأن الأخذ به مخالف للنظام العام في هذه البلاد .

ففكرة النظام العام تظهر في مسائل الزواج ولكن هل يمكن تطبيقها أيضا في مصر ؟ أو بعبارة أخرى هل يمكن الحكم ببطالان زواج تم صحيحا وفقا لقانون جنسية الزوجين أو لقانون دياتهما اذا كان مخالفا للنظام العام في مصر ، أو على العكس من ذلك هل يمكن اعتبار الزواج صحيحا في مصر ولو أنه باطل وفقا لقانون أحد الزوجين دون الآخر ؟ ربما كان من الصعب تقرير ذلك في جميع الأحوال ولنضرب مثالا عمليا . تقرر بعض الشرائع صحة زواج الخال من بنت أخته أو العم من بنت أخيه أو غير المسلم من المسلمة^(٢) فهل يعتبر مثل هذا الزواج صحيحا في المحاكم المصرية ، أهلية كانت أو مختلطة ؟ من المعلوم أن هذا الزواج باطل وفقا للشريعة الإسلامية ، الشريعة العامة في البلاد ، وذلك بسبب عدم مشروعية الحل . ولقد رأينا فيما مضى أن الامام أبا حنيفة عندما أجاز تطبيق القانون الديني للذمي بمعرفة القاضي المسلم وضع لذلك بعض قيود منها القيد السالف ، فهل يمكن اتباع هذا الحكم الآن بعد الاصلاح ؟ قد يزعم البعض أن المشرع المصري رضى بجعل الاختصاص والقضاء في مسائل الأحوال الشخصية ، في الأصل ، من اختصاص الهيئات الدينية والقنصلية ، وهذه الهيئات ستعتبر الزواج صحيحا ، فاذا ما عرض أمر هذا الزواج بصفة فرعية أمام محكمة زمنية فلا يصح لها أن تفصل فيه على وجه مخالف لما تفصل فيه جهة الاختصاص العادية ، اثمارة فقط بأحكام

(١) قارن قضية Soulié السابق الاشارة اليها . ٢١١ . هامش (١) من مؤلفنا .

وقارن . Dicey . ٦٨٤ .

(٢) كالتصريح التركي الحديث . كذلك قارن Dicey . ٦٨٠ .

الشريعة الاسلامية . ولكن ألا يمكن القول بأنه ما دام هذا الزواج قد عرض أمام قاض يعترف بوجود فكرة النظام العام ، وأن هذه الفكرة يقصد بها مراعاة مصلحة الجماعة وعدم المساس بمشاعرها واحساسها ، وعلى الأخص في بلد يجعل للاعتبارات الدينية أهمية كبرى فمن الواجب اذن الحكم ببطالان هذا الزواج على الأقل في نظر محاكم الدولة ؟ على أنه لا يمكن الاستناد ، تأييدا لهذا الرأي على ما قال به أبو حنيفة ، وقد رأينا أنه أجاز للقاضي المسلم أن يقضى في بعض الأحوال ببطالان الزواج المعتبر صحيحا بين الذميين وفقا لأحكام دياناتهم متى كان مخالفا للأحكام الاسلامية التي لا تقبل التغيير .

على أنه من الجهة الأخرى قد يكون الزواج صحيحا وفقا للشريعة الاسلامية شريعة الزوج وباطلا وفقا لقانون الزوجة ، كأن تكون هذه الزوجة زوجة ثانية مسيحية لزوج مسلم . ومن المعلوم أن تعدد الزوجات مخالف للنظام العام وفقا للشرائع الأوروبية ولكنه ليس مخالفا للنظام العام في مصر . ولذا يضرب هنا صفحا بلا شك عما تقضى به المحاكم الأجنبية ويعتبر الزواج صحيحا في مصر أمام جميع هيئاتها القضائية^(١) فتترتب عليه جميع نتائجه .

والواقع أن فكرة النظام العام محدودة التطبيق في مسائل الزواج في مصر وذلك بسبب تعدد قوانين الأحوال الشخصية ، ومع ذلك فمن المتفق عليه أنه يجب مراعاة أحكام الشريعة الاسلامية في بعض الأحوال^(٢) بناء على هذه الفكرة ، وبناء على أنها الشريعة الغالبة في مسائل الأحوال الشخصية ومراعاة لنص الدستور^(٣) بأن مصر بلد اسلامي . فلا يؤخذ بالمانع الديني في قانون الزوجة ، كما اذا كان قانون ديانتها أو قانون جنسيتها يعترف بوجود مانع من

(١) انظر مؤلف أبي هيف بك . ٤٧٨ .

(٢) ولكن هل يلزم مراعاة فوات مدة العدة وفقا لأحكام الشريعة الاسلامية ؟ من المقرر في هذا الصدد في أوروبا وجوب اتباع قانون الزوجين ان اتحدا ، فاذا اختلفا فيتبع قانون الزوج باعتباره رئيس العائلة . فاذا كان هذا القانون لا يستلزم فوات مدة للعدة ، ففي رأينا وجوب اتباع الأحكام المرعية التي أشرنا إليها في بند ١٥٥ من مؤلفنا .

(٣) المادة ١٤٩ من دستور ١٩٢٣ .

زواجها لمسلم ، فهذا المنع لا يؤخذ به في حق الزوج بل يعتبر الزواج صحيحا أمام المحاكم في مصر . وقضى تطبيقا لذلك بأن اليوناني الذي يسلم ويتجنس بالجنسية العثمانية (المصرية حالا) يتمتع بكل ما للزوج المسلم من حقوق ومنها تعدد الزوجات ، أى أن زواجه الثانى لا يعتبر باطلا ، كما أن طلاقه لزوجته الأولى يعتبر صحيحا ، وإن كان لسبب خلاف الأسباب المذكورة في القانون اليوناني^(١) .

٢١٦ — وإذا رجعنا الى أحكام المحاكم الأجنبية في مسائل الزواج نجد تطبيقات عديدة لفكرة النظام العام^(٢) إذ أن أحوال تلك البلاد تختلف طبعاً عن الحال في مصر ، وأكتفى بأن أذكر هنا بهذه المناسبة أن المحاكم الفرنسية قد قضت بأن زواج المسلم بزوجة ثانية مسلمة كانت أو مسيحية في فرنسا يعتبر باطلاً ، أما إذا حضر هذا المسلم الى فرنسا وبصحبه زوجاته فلا يفرق بينه وبينهن احتراماً للحقوق المكتسبة^(٣) .

٢١٧ — وأساس الأخذ بفكرة النظام العام في الزواج هو أن أنظمتة مختلفة باختلاف البلاد ، فبينما يعتبر بعضها تعدد الزوجات جريمة فالبعض الآخر يقره كما هي الحال في أغلبية البلاد الإسلامية . وكذلك فإن تحديد السن اللازمة للزواج غير متفق عليه^(٤) . ويضاف الى ما تقدم اختلاف الموانع المشتقة من الدين والجنس واللون ودرجة القرابة وكذلك ضرورة الحصول على رضا الوالدين في بعض البلاد دون البعض الآخر وغير ذلك من الفوارق التشريعية .

٢١٨ — وفي النهاية فإن قانون جنسية الزوجين أو دياتهما هو الذى يرجع اليه في مصر للوقوف على أهليتهما للزواج ، وليس هذا الحكم مأخوذاً به في

(١) ٥ يونيه ١٩٠٧ . م . ت . م . ١٩ . ٢٨٧ .

(٢) انظر موسوعات القانون الدولى تحت كلمة « Mariage » ، وكذلك Dicey . ٨٧٢ .

(٣) انظر Bartin . ٢ . ١٢٥ . والهوامش .

(٤) فهل يمكن اعتباره من النظام العام في مصر بعد تعديل المادة ١٠١ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية التى حددت سن الزوجة في ١٦ سنة والزوج في ١٨ سنة ؟ هذا ما نقول به .

جميع التشريعات الأخرى ، فإن البعض منها كالدينمارك وإنجلترا مثلا يخضعها لقانون موطن الزوجين ، والبعض الآخر يخضعها لقانون محل العقد كما هي الحال في أمريكا^(١) . واتباع هذا المبدأ الأخير مفيد من الوجهة العملية إذ يقضى على كثير من المنازعات ، ولكن يعاب عليه أنه يساعد على الغش والتهرب من أحكام القانون الوطنى للزوجين أو أحدهما . فإذا رأى الزوجان أنه يصعب عليهما عقد الزواج في بلدهما الأصلي لسبب وجود مانع شكلى أو موضوعى ، فليس عليهما سوى الرحيل الى بلد آخر لا يقر تشريعه هذه الموانع^(٢) .

٢١٩ — وظاهر مما تقدم أن القانون الشخصى يحكم الزواج من حيث أهلية الزوجين وما يتعلق بها^(٣) ، أما من حيث شكل الزواج فالأصل أن يؤخذ أيضا بالشكل الذى يستلزمه القانون الشخصى اذا اتحدت الجنسية أو الديانة على حسب الأحوال . فالأجانب المتحدو الجنسية يمكنهم أن يعقدوا زواجهم أمام ممثلى دولهم أو أمام قناصلهم . فان اختلفا فى الجنسية يعقد الزواج فى العادة مرتين أمام قنصلى كل من الزوجين على التعاقب ، وذلك من باب الأخذ بالأحوط ، ومع ذلك فقد حكمت المحاكم المختلطة^(٤) بأن الزواج يعتبر صحيحا اذا عقد أمام قنصلية الزوج ، وفى القضية كانت الزوجة تكتسب جنسية الزوج بالزواج . وإذا اختلف الزوجان ديانة فيعقد الزواج فى كنيسة أحدهما على الأقل^(٥) . ومن الجهة الأخرى فإن المحاكم المختلطة قد قضت بأن الشكل المحلى فى مصر هو

(١) انظر Makarov ٣١٢ . وهناك تشريعات تجمع بين قانونين فى وقت واحد ، فتعتبر قانون الجنسية بالنسبة للمواطنين وقانون محل العقد بالنسبة للأجانب .

(٢) ويحصل عملا أن الفرنسيين يسافرون الى إنجلترا فيعقدون زواجهم هناك تخلصا من رضا الوالدين اذا كان الزوجين أو أحدهما دون الحادية والعشرين .

(٣) والمقصود هنا أهلية الرضا وهل يكتفى برضا كل من الزوجين أو يستلزم فى نفس الأحوال رضا وليهما . فارتن Bartin . ٢ . ١٢٢ .

(٤) ٢٥ مارس ١٨٩٧ . م . ت . م . ٩ . ٢٤٦ . ابو هيف بك . ٤٨٣ .

(٥) فان لم يتيسر لهما ذلك فلا نرى مانعا فى عقد زواجهما أمام المأذون الشرعى .

الشكل الدينى، فيصح اذن للايطاليين أن يعقدوا زواجا دينيا في مصر بدلا من عقده أمام القنصلية الإيطالية^(١). وفي قضايا أخرى فسرت المحاكم المختلطة الشكل المحلى بأنه الشكل الاسلامى فاعتبرت صحيحا الزواج الحاصل بين فرنسيين أمام القاضى الشرعى^(٢).

وأوجه النظر فى النهاية الى أن القنصليات المصرية فى الخارج لها الحق فى أن تباشر عقود الزواج متى كان الزوج مصريا^(٣). كما أن بعض التشريعات الأجنبية لا تبيح للقنصليات الأجنبية أن تعقد زواجا الا بين رعاياها فقط، ومنها فرنسا حيث يعتبرون أن الزواج يكون باطلا شكلا اذا تم بين زوجين مختلفين فى

(١) ٢٩ يناير ١٩٢٤ والحكم منشور فى م . ت . م . ٣٦ . ١٨٠ . وفى القضية اعتبرت المحكمة الشكل الدينى أى الشكل الذى تفره الجهة الدينية التى ينتسب اليها الزوجان ، واعتمدت فى حكمها بصحة الزواج على نصوص القانون الايطالى التى تقرر صحة الزواج شكلا فى حالة ما اذا تم الزواج وفقا للأوضاع المقررة فى قانون جهة العقد . فحكم قاعدة تنازع القوانين الإيطالية مخير بين اتباع أحكام القانون الايطالى واتباع القانون المحلى ، وتكون المحكمة المختلطة قد قضت فى الأمر كما لو كان النزاع قد عرض أمام محكمة ايطالية . ومع ذلك فإن المحكمة المختلطة قد استندت فى قضائها على قاعدة Locus وفى هذا ما يفيد أنها كانت تقضى بصحة هذا الزواج شكلا حتى ولو لم يوجد نص بذلك فى التشريع الايطالى . ويحق لنا أن نتساءل بهذه المناسبة ، ماذا يكون حكم هذا الزواج شكلا لو كان الزوجان مختلفين ديانة ؟ وماذا يكون الشكل المحلى فى هذه الحالة ؟ فى اعتقادى أن الشكل المحلى هو الشكل الاسلامى الذى يحق للجميع الركون اليه سواء كان الزوجان مصريين غير مسلمين أو أجنيين ، وذلك لأسباب ثلاثة . أولا : لأنه الشكل المقرر فى الشريعة العامة للأحوال الشخصية فى البلاد . ثانيا : لأنه شكل مدنى يمتد بعيد عن الطقوس الدينية . ثالثا : أن هناك قاعدة *utilitates causa* فى اتباع هذا الشكل تسهلا للزواج وهذا ما قضت به المحاكم المختلطة . قارن المادة ١٧٠ م . ف . و . Bartin . ٢ . ١٢٦ . و . Pillat-Niboyet . ٧٢٤ .

(٢) مصر المختلطة ٩ يونيه ١٩١٩ . جازيت ٩ . ١٧١ . أبو هيف بك ٤٨٧ .

(٣) المادة ١٦ من المرسوم بقانون الخاص بالقنصليات الصادر فى ٥ اغسطس ١٩٢٥ . وفى هذه الحالة اذا كان تشريع البلد لا يميز للهيئة القنصلية عقد الزواج فإن العقد يعتبر صحيحا وفقا للقانون المصرى وباطلا وفقا للقانون المحلى . ولذا يحصل عادة أن يتم الزواج فى الشكاين رغبة فى الطمانينة الكاملة . قارن Pillat-Niboyet . ٧٣٢ و Makarov . ٣٢٠ .

الجنسية ولو كان أحدهما منتسبا الى جنسية الهيئة التي باشرت العقد وكانت الزوجة تكتسب جنسية زوجها بالزواج . وتستلزم بعض التشريعات الأجنبية توافر الشكلىن المدنى والدينى كإنجلترا وإيطاليا ، ولكن البعض الآخر كفرنسا يكتفى بالشكل المدنى^(١) . وتجرى أغلب التشريعات على اعتبار الزواج صحيحا من حيث الشكل اذا اتبع فيه الشكل المحلى ، وذلك بالتطبيق لقاعدة *Locus regit actum* . وتحديد معنى الشكل يرجع فيه اذن الى قانون المحل^(٢) *Loi locale* حسبما رأينا فى التكيف . والشكل المحلى غالبا اختيارى ، ولكن البعض يرى مع ذلك أنه اجبارى لصحة الزواج ، وهذا هو رأى الأقلية ، وان أخذت به بعض التشريعات . فيصح اذن اتباع الشكل المنصوص عليه فى قانون الجنسية أو قانون السيانة على حسب الأحوال .

٢٢٠ — أما اثبات الزواج فيخضع لنفس القانون الذى يخضع له

الشكل .

هذا اذا كان الزواج قد تم فى شكل خارجى معين ، فاذا لم يكن قد تم على هذا الوجه ، أو كانت الورقة المثبتة لتمامه على هذا الشكل قد ثبت بطلانها لعدم استيفاء اجراء معين ، فانه يصح اثبات الزواج فى هذه الحالة من جانب أصحاب المصلحة كالأولاد مثلا ، عن طريق الحالة الظاهرة *la possession d'état* اذا كان قانون الزواج يبيح الاثبات على هذا الوجه^(٣) . ومما هو جدير بالذكر فى هذا الصدد أن التشريعات المتمدينة لا تقر الزواج الخفى ، بل تستلزم عادة توافر شروط خاصة بالعلانية .

(١) أبو هيف بك ٤٨١ وما بعدها . و Makarov . ٣١٧ .

(٢) وتعطى بعض التشريعات ريان الباخرة ، أو قائد الطيارة حق اجراء الزواج بين رعاياها على الأقل . فيعتبر هذا الشكل صحيحا وفقا للقاعدة السابقة . أبو هيف بك ، المرجع السابق .

(٣) أنظر Bartin . ٢ . ١٢٨ فى شرحه للمادة ١٩٧ . م . ف . وفى الزواج الخفى Pillat-Niboyet ٧٢٦ و ٧٢٨ .

٢٢١ — وتخضع الآثار التي تنتج عن الزواج لقانون جنسية الزوج لأنه رئيس للعائلة ، هذا من جهة ، ومن جهة أخرى فإن الزوجة تكتسب عادة جنسية زوجها^(١) . وقد قضت بذلك المحاكم المختلطة بإطراد ، فقانون جنسية الزوجة لا يعول عليه إذا ما خالف قانون جنسية الزوج . والظاهر وجوب اتباع نفس الحكم بالنسبة للمصريين إذا ما اختلفت ديانة الزوجين وكان الزواج معتبرا صحيحا بينهما^(٢) . ومن المقرر أن تغيير الزوج^(٣) لجنسيته أو لديانته لا يؤثر في القانون الذي يحكم الزواج في الأصل الا اذا تعلق الأمر بالنظام العام فيطبق قانون أحوال شخصيته الجديد . وقد حكم تطبيقا لذلك بأن اليوناني الذي يتجنس بالجنسية المصرية ثم يعتنق الاسلام يحق له طلاق زوجته ولو لسبب غير الأسباب التي يقرها القانون اليوناني الذي يحكم آثار الزواج في الأصل^(٤) .

على أن لجنة تنازع الاختصاص بوزارة الحقانية قد أفتت مرارا برأي مخالف لما تقدم فلم تبح لقبطي ارثوذكسي بعد اعتناقه الاسلام أن ينفذ حكما شرعيا بالطاعة صادرا ضد زوجته بل اعتمدت حكما صادرا من المجلس الملي بإبطال الزواج لتغيير الزوج ديانته ، وقد صدرت هذه الفتوى في سنة ١٩٢٢ وأيدتها أخرى مشابهة في

(١) انظر المادة ١٤ ، قانون الجنسية المصري الصادر في ٢٧ فبراير ١٩٢٩ .

(٢) وهذا الحل معقول لأن آثار الزواج في أغلب الأحيان تتعلق بشخص الزوجين فكيف يمكن القول باخضاعها لقانونين مختلفين Pillet-Niboyet . ٨٣٣ . Pillet المطول . ١ . نبذة ٢٧٧ . ومع ذلك تجب ملاحظة ما قررناه في هذا الشأن . مؤلفنا . ٢٣٨ هامش ٤ في آخره .

(٣) وكذلك يتبع الحكم من باب أولى بالنسبة للزوجة . قارن مع ذلك قضية Ferrari فيما بعد . وانظر Pillet-Niboyet . ٧٣٦ . ومع ذلك يتدخل القانون المحلي بناء على اعتبارات النظام العام فيما يتعلق بالآثار الشخصية الناتجة عن عقد الزواج . انظر Makarov . ٣٦٥ .

(٤) انظر Pillet-Niboyet . ٧١٧ وما بعدها وتجري محكمة النقض الفرنسية على أنه إذا غير أحد الزوجين جنسيته فأصبح فرليا يحق له الاستفادة من نصوص التشريع الفرنسي بغض النظر عن تشريع الآخر ، وهذا المذهب منتقدا أشد الانتقاد ، لتأنيجه الضارة وانها كحرمة الحقوق المكتسبة . انظر تعليق Pillet المجلة ١٩٢٢ — ١٩٢٣ . ٤٦١ وكذلك اتفاقات لاهاي ١٩٠٥ اذ تشير بتطبيق آخر قانون مشترك بين الزوجين .

سنة ١٩٣١^(١) وكذلك في سنة ١٩٣٥ .

٢٢٢ - ومن أهم الآثار^(٢) المترتبة على الزواج الالتزام بالنفقة وذلك بطريقة متبادلة . وقد قرر المشرع المصرى هذا الالتزام بنصوص صريحة في المواد ١٥٥ ، ١٥٦ / ٧٢١ / ٢١٨ م . ا . م ولذا قام الخلاف حول طبيعتها ، وهل هى متعلقة بالأحوال الشخصية أو لا ؟ وأهمية الخلاف أننا اذا قلنا أنها متعلقة بالأحوال الشخصية فان الحكم فيها يكون موكولا لقانون الجنسية أو الديانة للمدين بالنفقة ، أما اذا قلنا بخروجها عن الأحوال الشخصية فاننا نجعل الحكم فيها من اختصاص التشريع المدنى الأهلى أو المختلط على حسب الأحوال . ولقد فصلت محكمة النقض المصرية^(٣) أخيرا في هذا الخلاف فقررت أن النفقات من اختصاص جهات الأحوال الشخصية ، وبالتالي تخضع لقانون الملة وذلك فيما عدا الأحوال الاضافية الواردة في النصوص المدنية^(٤) . وهذا القضاء يخالف لما سار عليه القضاء المختلط الذى ارتأى أن هذه النصوص متعلقة بالنظام العام ، ولذلك كانت لها صبغة اقليمية فتطبق على كل المقيمين في مصر ، متى كانوا خاضعين للقضاء المختلط ، وعلى هذا الأساس اعتبرت المحاكم المختلطة نفسها مختصة بتقرير النفقة حتى بين الزوجين المتحدى الجنسية بصفة فرعية عند نظرها لنزاع أصلى اختلفت فيه جنسية المتنازعين . فتقدير النفقة وتحديداتها اذن من اختصاصها وتطبق في ذلك التشريع المختلط . أما صفة الأشخاص ككونهم أصولا أو فروعا أو أزواجا ، أو أزواج الأصول أو الفروع فيرجع فيه لقانون

(١) وخالف ذلك أخيرا محكمة مصر الكلية بحكم استثنائى سأعود اليه فيما بعد .

(٢) اذ توجد آثار أخرى منها تقص أهلية المرأة المتزوجة وفقا لأغلب التشريعات الأوروبية ومنها الطاعة والاخلاص المتبادل وأخذ اسم الزوج وجنسيته في أغلب الأحيان .

(٣) وذلك في حكمها الصادر في ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٣٣ السابق الاشارة اليه .

(٤) اذ في هذه الأحوال تختص المحاكم المدنية لانه لا تعارض هنا بين النصوص المدنية وأحكام الأحوال الشخصية ، أما في حالة التعارض فنظرا لوجود المانع والمقتضى يقدم المانع .

الأحوال الشخصية^(١) . وعلى العموم فإنه عند اختلاف الجنسية يتبع فى العادة قانون المدين ، مع ملاحظة أن التزام النفقة فى كل الأحوال المنصوص عليها فى التشريع المدنى الأهلى وكذلك فى التشريع المدنى المختلط التزم متبادل ، وأنه لا مانع يمنع من وجود التزامات أخرى بالاتفاق على الأقارب ، متى كانت مقرررة بمقتضى قوانين الأحوال الشخصية التابع إليها المتنازعين^(٢) .

٢٢٣ — وتكيف علاقة الزوجية يرجع فيه لقانون القاضى وفقا لنظرية Bartin ، وبناء على ذلك قضت المحاكم السويسرية بأن زواج الأجنبى يابانية من الطبقات الدنيا ، ذلك الزواج المفروض انتهاؤه بمجرد رجوع الأجنبى الى بلاده ، يعتبر مع ذلك زواجا حقيقيا رغم التوقيت . وهذا الحكم مشكوك فيه فى فرنسا . وحكمت المحاكم الجزرية بأن الزواج السوفيتى لا يعتبر زواجا حقيقيا نظرا لحرية الزوجين الواسعة فى الانفصال ، وخالفتهما فى ذلك المحاكم الانجليزية^(٣) . والعللة فى كل هذه الخلافات ظاهرة ، وهى أن التكيف يخضع لقانون القاضى .

٢٢٤ — ومما يتصل بالزواج فى البلاد الأوروبية العقد المسمى بمشارطة

(١) وفى فرنسا يجرون على تطبيق القانون الأجنبى للزوجين ولا يتدخل التشريع الفرنسى الا ضمنا للنظام العام ، كما اذا كانت النصوص الأجنبية غير كافية فى الوفاء بهذا الالتزام .

(٢) النظر Messina . ٢ . ١٥ وما بعدها والأحكام الكثيرة التى أشار إليها . وقارن حكم ٨ ابريل ١٩٢٦ م . ت . م . ٣٨ . ٣٤٠ .

(٣) وتجرى المحاكم الانجليزية على اعتبار الزواج الحاصل فى بلاد تبيع تعدد الزوجات باطلا ، ولكن اذا كان الزواج قد تم فى انجلترا بين مسلم ومسيحية ، أمام موثق رسمى وفقا للإجراءات المقررة هنالك فإن الزواج صحيح ، اذ المفروض أن الزوج لن يعدد زوجاته ، ولا يباح الطلاق الا وفقا لمبادئ المسيحية ، فاذا تزوج هذا الزوج زوجة ثانية فى بلده الذى يبيع التعدد يعتبر فى نظر المحاكم الانجليزية أنه قد عدد زوجاته ، فيبطل زواجه ويصح عقابه اذا وجد فى الأراضى الانجليزية . انظر Westlake . ٦٩ حيث أشار الى قضية شاب مصرى يدعى « نجيب » وهو مصرى مسلم متزوج من مصرية ، تركها فى مصر وذهب الى انجلترا حيث تزوج من انجليزية ثم اختلف معها فلم يطلقها وانما تزوج من انجليزية أخرى لحكم عليه بعقوبة لكونه عدد زوجاته مع اعتبار أن زواجه الأول بالمصرية باطل . النظر مؤلف أبرهيف بك . ٤٧٥ وقارن أيضا Westlake . ١٠٣ .

الزواج *contrat de mariage* . وهذا العقد يقصد به وضع تنظيم اتفاق للعلائق المالية بين الزوجين . وحرية الزوجين في الاختيار محدودة في أنظمة معينة ، فان سكتنا عن الاختيار اتبع النظام القانوني *régime légal* الذي يختلف باختلاف البلدان . وأهم أنظمة الزواج المالية المعروفة في التشريعات هي (أ) نظام الاشتراك *régime de communauté* وهو النظام القانوني في فرنسا ، وبمقتضاه يمتلك الزوجان على الشيوع كل الأموال المنقولة دون العقارات التي تبقى ملكا خالصا لكل منهما (ب) نظام الدوطة *régime dotal* وبمقتضاه تسلم الزوجة بعض أموالها الى الزوج لكي يستغلها ، فيباح له في بعض الأحوال التصرف بطريق البيع (بالنسبة للمنفولات) مع الزامه برد قيمة هذه الأموال عند انتهاء الزوجية ، أما العقارات فالأصل أنها غير قابلة للتصرف وبالتالي غير قابلة للحجز (ج) نظام انفصال الأموال *régime de séparation des biens* وبمقتضاه تحتفظ الزوجة بكل أموالها مع الزامها بالاشتراك في مصاريف المنزل بما لا يقل عن الثلث (د) نظام عدم الاشتراك *régime de sans communauté* وبمقتضاه لا تختلط أموال الزوجين بل تبقى منفصلة وانما للزوج الحق في ادارة واستغلال أموال زوجته . فهذا النظام يختلف اذن عن نظام الانفصال في أن هذا الأخير يبيح للزوجة التمتع بجزء من أهلية الادارة ^(١) .

وعلى العموم ، ففي جميع الأنظمة السالفة الذكر تفقد المرأة أهليتها في التصرف والادارة كليا أو جزئيا ، وللزوج التصرف في هذه الأموال في حدود القانون ^(٢) . وليس للزوجة أن تتصرف حتى في أموالها الحرة *les biens propres* الا بعد أخذ اذن من زوجها . وهذه الأنظمة كلها غير معروفة في الشريعة

(١) انظر في هذا الموضوع Bartin . ٢ . ٢٤٣ و Weiss . ٣ . ٦١٣ — ٦٥٣ و Valéry . ١١١٢ — ١١٣٨ و Makarov . ٣٧٢ — ٣٨٥ .

(٢) فيلزمه في بعض الأحيان اذا باع بعض أموال الزوجة أن يشتري لها بثمنها أموالا أخرى *Le Remploi* انظر المواد ١٥٥٣ و ١٥٥٨ و ١٥٥٩ م . ف بالنسبة لنظام الدوطة .

الاسلامية حيث يتمتع كل من الزوجين بكامل أهليته وبالاتصال التام في أموالهما^(١) . ويعتبر النظام الاسلامي في أوروبا المثل الأعلى لجميع الأنظمة الأوروبية .

٢٢٥ — فما هو القانون الذي يحكم النظام المالي للزوجين ؟ من المتفق عليه أن تعاقد الزوجين في هذا الشأن ذو صبغة مالية ، وإن كان موضوعه متصلا بالأحوال الشخصية كما رأينا عند تحليل المادة الرابعة مختلط ، وعلى هذا الأساس يجوز للزوجين أن يختارا قانونا أجنبيا خلاف قانون جنسيتهما ، وأيدت ذلك المحاكم المختلطة باطراد . ولكن يحصل أحيانا أن لا يفصح الزوجان صراحة عن اختيارهما لقانون معين ، فماذا يكون الحكم ؟ لا صعوبة في الأمر إذا كان الزواج قد تم بين زوجين متحدى الجنسية ، إذ النظام الواجب الاتباع في هذه الحالة هو النظام القانوني régime légal في تشريع جنسيتهما أو موطنهما على حسب الأحوال^(٢) ، أما إذا اختلفت جنسيتهما في الأمر خلاف ، فقال البعض بتطبيق قانون أوقوانين موقع الأموال أو بعبارة أخرى الأخذ بالنظام القانوني في بلد موقع المال ، وقد تعدد الأموال وعلى ذلك تعدد النظم القانونية التي تحكمها ، ومدار هذا الرأي الاستناد على فكرة السيادة ، ومن المعلوم أنه يصعب الأخذ بهذه الفكرة في مصر نظرا لعدم وجود نظام مالي قانوني للزواج ، ولذلك لم يصادف هذا الرأي نجاحا عند المحاكم المختلطة . ووجد رأي ثان يقول بتطبيق قانون جنسية الزوج أو موطنه . وهذا الرأي مبناه أن النظام المالي للزوجين ، متعلق بالأحوال الشخصية وأن الغلبة في مسائل الزواج هي لقانون الزوج . وقد أخذت تشريعات متعددة بهذا الرأي

(١) وتسير التشريعات الأوروبية في هذا الطريق ، كما أن القضاء يميل إلى التضييق في نطاق قص أهلية المرأة المتزوجة في حدود النصوص التشريعية . قارن Pillet-Niboyet . ٧٣٢ .

(٢) والمفروض هنا حصول المشاركة في بلدها ، فإذا تمت المشاركة في الخارج أو كان للزوجين أو لأحدهما أموال في الخارج فإن الأمور تتفقد عند عدم الاتفاق صراحة على اتباع نظام معين كما هو مبين في الصلب . أبو هيف بك . ٤٩٤ وما بعدها . والظر أيضا محكمة اسكندرية المدنية المختلطة ٦ يونيو ١٩٣٥ . جازيت ١٦٠ . ١٤٧ .

وكذلك أقرته اتفاقية لاهاي (المادة ٢ — ١٩٠٥) وعملت به المحاكم المختلطة .
وهناك رأى ثالث يقول بالأخذ بإرادة المتعاقدين المفترضة *volonté présumée*
وهذا الرأى مبناه الحدس والتخمين ^(١) ، وأما الرأى الذى يقول به الكتاب
الحديثون وله الغلبة فيقول بتطبيق قانون موطن الزوجية ^(٢) *la loi du domicile matrimonial*
وهذا القانون ، فى الغالب ، قانون جنسية الزوج .

٢٢٦ — ويتبع فى شكل مشاركة الزواج قانون جنسية الزوجين اذا
اتحدا فى الجنسية ، وقانون جنسية الزوج اذا اختلفا . وعلى أية الأحوال تعتبر
مشاركة الزواج صحيحة من حيث الشكل اذا تمت وفقا لقانون محل ابرامها . فاذا
حصلت مشاركة زواج بين أجنبيين أمام كاتب العقود فى المحكمة المختلطة فتعتبر
صحيحة اذا كان قانون أحوالها الشخصية أو قانون الزوج يستلزم الشكل الرسمى .
وحكم بأنه ولو كان مقرر البدوطة من جنسية أخرى خلاف جنسية الزوج يعتبر
هذا العقد صحيحا شكلا اذا تم أمام قنصلية الزوج ^(٣) .

وتغير جنسية الزوج أو ديانته لا يمكن أن يؤثر فى الحقوق التى اكتسبتها
الزوجة بمقتضى النظام المالى لأن هذه الحقوق مالية وبعيدة فى الأصل عن أن
تكون متعلقة بالنظام العام ^(٤) .

٢٢٧ — ولكن هل يعتبر تقرير البدوطة *constitution de dot* تصرفا

(١) راجع مناقشة هذه الآراء فى قضية « دبانه » حكم محكمة اسكندرية المدنية المختلطة
٢٧ ابريل ١٩١٥ جازيت . ١٤٠ . ٥ . وقد أشار اليه أبو هيف بك . ٥٠١ . مع تحليل واف
للقضية . وانظر أيضا ٢٣ مارس ١٩١٦ . جازيت . ١٢٤ . ٧ . ١٥ يونيو ١٩٢٦ . م .
ت . م . ٣٨ . ٤٧٦ . وراجع Valéry . ١١٢٧ . وما بعدها و Weiss . ٣ . ٦٤١ .

(٢) انظر Bartin . ٢ . ١٥٤ .

(٣) أبو هيف بك . ٥٠٤ . وهامش (٣) . وقد أخذت بهذه الحلول اتفاقية لاهاي ١٩٠٥
مع اعترافها ببعض الاستثناءات . انظر Makarov . ٣٧٨ . أما تفسير عقد مشاركة الزواج
فن اختصاص المحاكم العادية . محكمة اسكندرية المدنية المختلطة ١٨ ديسمبر ١٩١٥ . جازيت .
٥٠٦ . وانظر أيضا ٢٢ يناير ١٩١٤ . م . ت . م . ٢٦٠ . ١٧٩ .

(٤) انظر مع ذلك Valéry . ١١٣٥ .

تبرعيا أو بعوض ؟ وتظهر أهمية ذلك على الأخص بالنسبة لاشتراط الرسمية . من المقرر فى هذا الصدد أنه يجب اتباع حكم قانون الجنسية ، أى قانون جنسية المقرر Constituant لأن المسألة هنا متعلقة بالتكييف اللاحق . وهذا ما اتبعته المحاكم المختلطة ^(١) ، فاذا قضى هذا القانون بأن تقرير الدوطة عمل تبرعى جرت عليه أحكام التبرعات ، اذ الواقع هنا أن هذا الالتزام داخل ضمن الأحوال الشخصية فيخضع لقوانينها .

٢٢٨ — ذكرنا أن الأموال التى هى موضوع الدوطة لا تقبل التصرف ولا الحجز، فهل عدم قابليتها للتصرف أمر متعلق بالأحوال الشخصية أو بالأحوال العينية ؟

وأهمية هذا الخلاف تظهر بالنسبة للغير سواء كان هذا الغير مشتريا أو دائنا . فهل لدائن الزوج أو الزوجة الحق فى حجز أموال الدوطة والتنفيذ عليها أو لا ؟ وكذلك ماذا يكون الحكم بالنسبة لمشتري العقار الذى هو موضوع الدوطة، أو من ارتهنها رهنا رسميا ؟ فاذا اعتبرنا عدم التصرف هذا متعلقا بالأحوال الشخصية ، أى خاضعا لحكم قانون الجنسية ضاعت حقوق الغير السالفين ، وقد يكونون حسبي النية ولم يرتكبوا خطأ ما يؤخذون عليه ، اذ أن دفاتر التسجيل المصرية لا تحوى ما يشعر بأن هذا العقار ضمن أموال الدوطة ، وأنه محمل على هذا الوجه بعبد خاص وهو عدم التصرف فيه . أما اذا قلنا بأنه داخل ضمن الأحوال العينية ، فإن حقوق الغير يحتفظ بها كاملة غير منتقصة وعلى هذا الوجه يمكن أن تستقر

(١) انظر ٢٢ ابريل سنة ١٩٢٠ م . ت . م . ٣٢ . ٢٨٧ . والقضية خاصة بالالتزام الأب اليونانى بتقرير دوطة لابنته . ولقد أراد الأب التهرب من تقرير هذه الدوطة فغير جنسيته وديانته فأصبح عثمانيا مسلما لكي يتخلص من هذا الالتزام . قررت المحاكم المختلطة أن للبنت الحق فى رفع دعوى تعويض على الأب أمامها لأنه انتهك حقوقها المكتسبة ولكن ليس لها أن ترفع دعوى تقرير دوطة أمام المحاكم اليونانية . أى أن أساس دعواها أمام المحاكم المختلطة الفعل الضار لا الالتزام الشخصى بتقرير الدوطة . وقررت المحكمة أن هذا الالتزام فى القانون اليونانى لا يعتبر تبرعا .

الطائفة في المعاملات .

وعندما عرض الأمر على المحاكم المختلطة وجدت النصوص التشريعية خالية من أية إشارة في هذا الصدد . ولذا اختلفت فيما بينها ، فمن الأحكام^(١) ما قرر أن المنع من التصرف متعلق بالأحوال الشخصية لأنه من الأهلية ومن ثم يسرى في مصر على العقارات التي هي موضوع الدوطة الموجودة فيها ، وذلك تطبيقاً للمادة الرابعة المختلطة خصوصاً وأن المشرع لم يأت بحكم استثنائي صريح يخرج أموال الدوطة من أحكام قوانين الأحوال الشخصية كما فعل في المادة ٧٨ . م . م الفقرة الثانية . وجرت أحكام أخرى^(٢) على القول بأن المنع من التصرف داخل ضمن الأحوال العينية لأنه يتعلق بحالة الأموال ، ومن ثم لا يعترف به في مصر لأن الشارع المصري لم يضع نصاً منصوصاً منظمة له ، فلا مناص من اتباع القواعد العامة التي تقتضاها اعتبار العقارات خالية من الأعباء ، فيحق للزوجة التصرف بأذن زوجها كما يحق للدائنين أن ينفذوا على هذه العقارات وفاء لديونهم . وجرى بعض الأحكام للتخلص من الصعوبات السالفة على القول بأن المسألة موضوعية وأن تعلق المنع بالأحوال الشخصية أو بالأحوال العينية يرجع فيه إلى اتفاق الطرفين^(٣) فالمسألة إذن محل خلاف كبير في القضاء وإن كان الراجح اتباع الرأي الثاني .

ويرى المرحوم أبوهيف بك^(٤) أن النظام المالي للزوجين يدخل في الأصل ضمن الأحوال الشخصية ، وعلى هذا الأساس يعتبر المنع من التصرف خاضعاً لأحكام القوانين الشخصية ، ولكن لما كان تقرير الدوطة على عقارات مصرية من شأنه التأثير في حقوق الغير فإنه يلزم مبدئياً تسجيل هذه المشاركة في مصر

(١) ٢٢ يناير ١٩١٤ م . ت . م . ٢٦ . ١٧٨ . وأبو هيف بك ٤٩٧ ، والأحكام التي أشار إليها .

(٢) اسكندرية المدنية ٣ نوفمبر ١٩١٤ جازيت . ١٥ . وقد أشار إليه المرحوم أبو هيف بك و ٢ مايو ١٨٩٥ م . ت . م . ٧ . ٢٨٢ .

(٣) انظر Clunet . ١٨٩٩ . ٣٤٧ .

(٤) مؤلفه . ٤٩٨ .

حتى تسرى على الغير بدون معارضة . وينتهي الأستاذ الى وجوب فحص كل حالة على حدة لمعرفة من هو أحق بالحماية ، المرأة أو الغير .

وعندنا أن الصواب هو اعتبار المنع من التصرف متعلقاً بالأحوال العينية ، لأن المسألة هنا مسألة تكيف ، ومن المعلوم أن تكيف الأموال وما يتعلق بها من حقوق عينية يرجع فيه الى قانون موقعها . وقانون الموقع هنا هو القانون المصرى . وهذا القانون لا يقرب وجود هذا العبء على العقارات المصرية ، فتسجيل عقد الدوطة أو عدم تسجيله لا يقدم ولا يؤخر ، كما أنه لا يؤثر في الحقوق الموضوعية التي تكون قد ترتبت للغير حسن النية أو سيئها ، لأننا لسنا هنا في مقام المفاضلة بين الغير بعضهم وبعضهم ، وإنما نحن في مقام احترام حق الغير بالنسبة للمالك (الزوجة) التي تريد الاستفادة من مزية يقررها قانون جنسيتها ، أو القانون الذي يحكم مشاركة الزواج الخاصة بها ^(١) .

وقد اشترطت المواد ٦ - ١٠ - ٢٠ / ٢٤ تجارى . ا . م . ضرورة ^(٢) علانية مشاركة الزواج المالية بين التجار فيتم تسجيل المشاركة الخاصة به في دفتر خاص في قلم كتاب المحكمة . ولا جدال في فائدة هذه العلانية بالنسبة للمتعاملين مع التجار . ولكن اذا كان التاجر قد تزوج على نظام الدوطة ، فاعلان مشاركة زواجه لا يمكن أن يترتب عليه تقرير عدم التصرف على العقار للأسباب التي بينهاها .

٢٢٩ - أما الرهن القانوني الذي تميزه بعض التشريعات لمصلحة الزوجة على أموال زوجها فن المتفق عليه فقها وقضاء ^(٣) أنه متعلق بالأحوال العينية لأن موضوعه تقرير حق عيني على وجه خاص غير معروف في مصر ، وعلى ذلك لا يمكن الأخذ به . وظاهر أن هذه المسألة بدورها متعلقة بالتكيف فتخضع اذن

(١) قارن Arminjon . ٢ . ٤٠ .

(٢) فاذا أخل التاجر بهذا الواجب كان عرضة للحكم عليه اذا أفلس بأنه مدلس .

(٣) ومع ذلك فهناك رأى مخالف لا يعتد به . أبو هيف بك ٥٠٠ ورسالة زميلنا الدكتور وديع فرج السابق الاشارة اليها . ١٣٣ .

لقانون موقع المال .

٢٣٠ - وينتهى الزواج اما بوفاة أحد الزوجين أو ببطلانه لسبب من الأسباب المذكورة في القانون الذى يحكم صحته دون أى سبب وارد في قانون آخر، وكذلك ينتهى الزواج بالطلاق . وقد اختلفت في شأنه تشريعات الدول اختلافات كبيرة ، فبعضها لا يجيزه أصلا كالتشريع الايطالى ، والبعض الآخر يجيزه لأسباب محدودة كالتشريعات اللاتينية الأخرى ، وبعضها يجعله معقودا برغبة الزوج أو برغبة أحد الزوجين كما هى الحال في الشريعة الاسلامية والتشريع السوفيتى . ومما يزيد مسألة الطلاق تعقيدا كثرة الزواج المختلط في العهد الحاضر ، وصعوبة الوقوف على المحكمة المختصة بالنطق به ، وقيمة الحكم الصادر به في مختلف البلاد ، ويضاف الى كل ما سبق ، ما يحصل في بعض الأحيان من تغيير الجنسية أو الدين من جانب أحد الزوجين ^(١) .

٢٣١ - ويستفاد من مقارنة الشرائع في هذا الصدد أن القانون الذى يصح بمقتضاه الطلاق اما أن يكون قانون جنسية الزوجين ، أو قانون موطن الزوجية ، أو قانون القاضى الذى رفع اليه الأمر باعتبار أن مسألة الطلاق متعلقة بالنظام العام ^(٢) . وهذه القوانين الثلاثة يصعب اتباع واحد منها دون الآخر ، لذلك جرى العمل على اتباع مذهب وسط ، مقتضاه تطبيق قانون جنسية الزوجين بشرط أن لا يتعارض مع قانون القاضى . فلا يمكن اذن بناء على ذلك طلب الطلاق من محكمة في بلاد لا تجيزه أصلا ، لأن في ذلك مخالفة للنظام العام فيها . وأقرت هذا الرأى اتفاقات لاهاى ^(٣) وقال به الفقه والقضاء في فرنسا .

(١) انظر Makarov ٣٨٦ وما بعدها . ورسالة Lucien Chéron باريس ١٩٣٤ وموضوعها

« Les causes du divorce et de séparation de corps en D.I.P. » . ٢٦ - ٩٦ .

(٢) وهنا ما قال به Savigny وتجري عليه التشريعات الانجلو أمريكية .

(٣) وتقرر المادة الخامسة من اتفاقية ١٩٠٢ أن طلب الطلاق يرفع اما الى المحكمة التى يشير بها قانون جنسية الزوجين أو محكمة موطن الزوجية . وتقرر المادة الأولى أن طلب الطلاق لا يكون مقبولا الا اذا كان جائزا وفقا لقانون جنسية الزوجين وقانون المحكمة المرفوع اليها النزاع . وأدخلت المادة الثالثة بعض التحفظات بقصد تغليب أحكام قانون الجنسية =

أما بالنسبة للقانون الذى يحكم أسباب الطلاق فمن المجمع عليه تقريبا اتباع النظام المختلط السابق مراعاة لفكرة النظام العام . ومن الملاحظ أن المحاكم الفرنسية قد أخذت بأسباب الطلاق مذكورة في قانون الجنسية دون القانون الفرنسى^(١) .

٢٣٢ — أما في مصر فالقانون الذى يحكم حق الطلاق وأسبابه هو قانون جنسية الزوجين ، وحكمت بناء على ذلك المحاكم المختلطة بأن الطلاق الحاصل من فرنسى أمام القاضى الشرعى يعتبر باطلا^(٢) ، ولو أن الزواج يصح عقده أمام نفس القاضى لأن اباحة عقد الزواج أو انهاءه وفقا للأوضاع المقررة في الخارج يشترط فيه عدم مخالفة أحكام القانون الفرنسى . وحكم أيضا^(٣) أن صحة الطلاق تخضع للقانون الذى يحكم الزواج وقت رفع دعوى الطلاق ، أى أنه لا عبرة بالتغيير الطارىء أما اذا كان الزوجان مصريين فيتبع حكم قانون الملة أو الديانة التابعين لها^(٤) .

والأصل أن الجهة المختصة بنظر دعوى الطلاق هى الجهة التابع لها الزوجان جنسية أو ديانة على حسب الأحوال . على أنه اذا كان الزوج أجنبيا وتم الزواج وفقا للشكل الدينى ، فانه من الجائز أن يصدر حكم بإبطال هذا الزواج

= في بعض الأحيان . وكذلك جرت الاتفاقات على نفس الحطة بالنسبة لأسباب الطلاق . واتفاقات لاهاى بشأن الطلاق ما زالت نافذة بالنسبة لبعض الدول الأوروبية ، وهى أقلية .

(١) فأجازت المحاكم الفرنسية الطلاق بالرضا المتبادل ولو أن هذا السبب لا يقره التشريع الفرنسى بالنسبة لزواج الفرنسيين . وقارن نقض ٣٠ أكتوبر ١٩٠٥ . Clunet . ١٩٠٦ . ٤١٠ . وبالنسبة للاختلافات التفسيرية في أسباب الطلاق . انظر Bartin .. ٢ . ٣٠٠ — ٣٠٥ .

(٢) حكم محكمة مصر الابتدائية ٩ يونيه ١٩١٩ . جازيت : ٩ . ١٧٠ . وانظر Pillet-Niboyet . ٧٤٣ .

(٣) أول يونيه ١٨٩٧ . م . ت . م . ٩ . ٣٧٣ .

(٤) حكم محكمة اسكندرية الابتدائية ٦ يونيه ١٩٢٥ . جازيت ١٦ . ١٤٧ . وحكم محكمة مصر الابتدائية المختلطة ٦ فبراير ١٩٢٨ جرنال المحاكم المختلطة . ٧ . رقم ٧٠٨ .

من الجهة الدينية التي عقدته . وهذا ما حكمت به محكمة مصر الابتدائية المختلطة^(١) في قضية فرنسي تزوج من أجنبية زواجا دينيا .

٢٣٣ — وكل ما تقدم اذا كان الزوجان متحدى الجنسية والديانة فان اختلفا فالمرجع لقانون جنسية الزوج أو ديانته باعتباره رئيسا للعائلة^(٢) ، وقد حكمت المحكمة المختلطة في قضية البرنس جمال الدين بصحة الطلاق الحاصل منه لمطابقته لقانون موطن الزوجية الذي هو في الواقع قانون جنسيته وديانته . هذا وتوجب بعض التشريعات الأوروبية تطبيق قانون موطن الزوجية . وتتبع المحاكم الفرنسية في بعض الأحيان قانون من رفع الدعوى من الزوجين ، وهذا المسلك منتقد .

٢٣٤ — ولكن ما هو القانون الواجب التطبيق اذا غير الزوجان جنسيتها ، أو غيرها واحد منهما فقط ؟ كان من الشائع في أوروبا ، في البلاد التي لا تجيز الطلاق ، أن يتجنس الزوجان بجنسية بلد تجيزه كسويسرا أو المجر ، أو

(١) ٩ يونيه ١٩١٩ . جازيت . ٩ . ١٧٠ . وفي اعتقادنا أن هذا الحكم غير صحيح لأن الجهات الدينية في مصر لها اختصاص في التوثيق بالنسبة للأجانب في مسائل الأحوال الشخصية ، واذ كنا قد أبجنا الزواج في الشكل الديني للأجانب باعتباره شكلا محليا فذلك لاعتبارات التسهيل . أما بطلان الزواج فهو مسألة موضوعية من اختصاص المحاكم القنصلية أو محاكم الأجنبي العادية خصوصا اذا راعينا أن الجهات الدينية هي جهات مصرية . قارن ٢٠ يونيه ١٨٩٤ . م . ت . م . ٦٠ . ٣٤٩ اذ يقرر أن المحاكم اليونانية وحدها هي المختصة دون أية جهة دينية أخرى بنظر كل الدعاوى الناشئة عن الزواج .

(٢) ومع ذلك فهذا الرأي ليس مقرا عليه بالاجماع اذ هناك من يفضل السماح بتطبيق قانون الزوجة اذا أرادت هي لمصلحتها ، وبذلك يمكنها أن تستفيد من الاحتفاظ بجنسيتها والا أصبح هذا الاحتفاظ بغير فائدة . كما أن هناك بعض أحكام قالت بالرجوع الى قانون موطن الزوجية . انظر Pillet-Niboyet . ٧٤٩ والمراجع التي أشار اليها ، وانظر أيضا رسالة Edmond Aubry . ١٩٣٣ . وموضوعها "L'Incapacité de la femme mariée en D.I.P. Français" 65-99

أن يكتسب صفة مواطنين في مدينة Finme ، فإذا استبعدنا فكرة الغش نحو القانون *la fraude à la loi* فإن هذا الطلاق يقع صحيحا ، وتعترف به محاكم البلد التي نطقت به ، كما أن المحاكم الإيطالية قد أجازته ، وترددت في ذلك المحاكم الفرنسية^(١) .

فإذا كان تغيير الجنسية أو الدين حاصلًا من أحد الزوجين فقط ، فهل يسوغ الطلاق الذي يحرمه قانون جنسيته السابق ؟ أجازته المحاكم الفرنسية في بعض الأحيان^(٢) ولكن رأيها في ذلك منتقد من رجال الفقه ، لذلك عدلت عنه في أحوال كثيرة . وأساس الانتقاد أن عقد الزواج عقد تبادلي ترتب بمقتضاه حقوق لكل من الزوجين على الآخر لا مجرد آمال ، فلا يجوز لأحدهما أن يهدم هذه الحقوق المكتسبة بمجرد رغبته في ذلك .

أما في مصر فقد قضت المحاكم المختلطة بصحة الطلاق الحاصل من المسيحي اليوناني الذي أسلم وتجنس بالجنسية العثمانية ، ومع ذلك فقد قررت في حكمها التعويض اللازم لزوجته . وابتاحتها الطلاق في هذه الحالة إنما يقوم على الأخذ بنكرة النظام العام ، إذ أن مصر بلد إسلامي يجب أن يتمتع فيه الزوج المسلم بكامل حقوقه . فالمسلم الذي يطلق زوجته لا تستحق لديه من التعويض سوى بقية مهرها ، أما إذا كان الزوج المسلم ، في الأصل مسيحيا ، فيصح الطلاق الواقع منه مع الزامه بتعويض زوجته ، إذا كان هذا الطلاق أساسه سببا غير الأسباب التي وردت في القانون الذي يحكم الزواج^(٣) .

(١) انظر Pillet-Niboyet . ٧٥٠ وكذلك رسالة Lucien Chéron السابق الإشارة إليها

٢١٧ — ٢٩٨ .

(٢) وكان ذلك في القضية الشهيرة باسم Ferrari انظر رسالة L. Chéron . ٢٣٩ وما بعدها والأحكام الكثيرة التي أشار إليها في ٢٤١ هامش (١) وكذلك Bartin . ٢٠٠ .

٣٠٥ — ٣١٠ . ومقال Droz . "De l'influence de la Convention de la Haye du 12 Juin 1902 sur la question du divorce en France" Clunet 1907 . 16

(٣) م . ت . م . ١٩٠ . ٢٨٧ وانظر أيضا حكما في هذا الموضوع صادرا من محكمة تلا الجزئية ومنشورا في المحاماة ١١ . ٨٧٣ وقد قضى باحترام الحقوق المكتسبة .

وفما مضى كانت المحاكم الشرعية تقضى بالطلاق بين الزوجين غير المسلمين اذا اتفقا على اختصاصها ، أو اذا اختلفا ملة ، ولو كان الطلاق غير جائز بمقتضى قانون ملتها أو ملة أحدهما . ولكن الأمر تغير بعد تعديل اللائحة الشرعية في سنة ١٩٣١ ، منعا لما أثاره هذا المسلك من منازعات فيما مضى ^(١) .

٢٣٥ — فاذا تم الطلاق وقضى للزوجة المطلقة بالنفقة من المحكمة المختصة فان المبلغ المحكوم به غير ممتاز ، لعدم النص على ذلك في حقوق الامتياز . وقد اتبعت المحاكم المختلطة ^(٢) هذا الرأي عند ما قضت بالنفقة ، وكذلك في حالة ما اذا كان الحكم بها قد صدر من إحدى جهات الأحوال الشخصية . ومن المقرر أنه وفقا للشريعة الاسلامية تمتاز نفقة الزوجة على سائر الديون الأخرى (المادة ١٩٧ من مجموعة الأحوال الشخصية) ، ولكن المحاكم المختلطة لم تقر هذا الامتياز ، اذ لم يرد ذكره ضمن حقوق الامتياز الواردة في المادة ٧٢٧ م . م . وعندنا أن المسألة هنا متعلقة بالتكييف ، أى بتكييف الحقوق المقررة على أموال المدين المحجوز عليها ، فيؤخذ بقانون موقع المال وهو القانون المختلط . فالعلاقة كما هو ظاهر عينية ، وذلك رغم وجود أشخاص فيها ^(٣) ولكن الناحية العينية هي المتغلبة .

(١) وتقضى المادة ٩٩ معدلة أنه « لالتمس دعوى الطلاق من أحد الزوجين غير المسلمين على الآخر الا اذا كانا يدينان بوقوع الطلاق » .

(٢) ٢٦ ديسمبر ١٩٠٠ م . ت . م . ١٣٠ . ٧١ . ورسالة زميلنا الدكتور وديع فرج . ١٣٢ هامش (١) . وانظر أيضا ١٥ يناير ١٩٢٠ م . ت . م . ٣٢ . ١٢٩ و ١٩ يناير ١٩٢٢ م . ت . م . ٣٥ . ٣٨٨ .

(٣) وقد رأينا أن حكم محكمة النقض المصرية الصادر في ٢١ يونيو سنة ١٩٣٤ قد ذكر النفقة ضمن الأحوال العينية ، وذلك يخالف ما قضت به المحكمة من قبل فاذا تابعنا حكم النقض الأول الذى يقضى باعتبار النفقة ضمن الأحوال الشخصية فان مؤدى ذلك وجوب تطبيق قانون الأحوال الشخصية ، فاذا كان هذا القانون يقرر امتيازاً للنفقات كالشريعة الاسلامية فهل يؤخذ به ؟ هذا ما لا نوافق عليه لأننا نعتبر أن النفقات داخلة ضمن الأحوال العينية لتعلقها بالنظام العام كما سبق أن أوضحناه . على أن مذهب محكمة النقض يقتضى منطقيا اعتبار حق الامتياز المقرر للنفقات نافذا في مواجهة الدائنين الآخرين .

٢٣٦ — والعلاق بين الزوجين لا تقف عادة عند الحد السابق ، اذ من المعتاد أن يكون لهذين الزوجين أولاد ، ومن المحتمل أن تقوم منازعات بشأن بنوتهم أو بشأن أبوة الزوجين ، فالمسألة هنا متعلقة بثبوت النسب ، ومن المقرر أنها داخلة ضمن الأحوال الشخصية ، ولو أن ذكرها لم يرد في النصوص التشريعية فما هو القانون الذى يحكمها ؟ من المتفق عليه في مصر^(١) أن هذا القانون هو القانون الشخصى للأب وقت الميلاد لأنه هو القانون الذى يحكم الزواج^(٢) ، ولا عبرة بتغيير الجنسية اللاحق احتراماً للحقوق المكتسبة . فإذا أباح هذا القانون جواز اثبات البنوة أو الأبوة وفقاً للحالة الظاهرة possession d'état يجب الأخذ بها كدليل ، ولو لم يعترف بذلك قانون القاضى . وهذا ما قضت به المحاكم المختلطة باطراد^(٣) . وظاهر أنه بالنسبة للمصريين يتبع قانون الديانة ، الذى تقوم بتطبيقه جهة الأحوال الشخصية المختصة . وقد ذكرت فيما مضى مدى تطبيق هذه المبادئ الدينية في قضية هنرى سكا كينى . ومن الملاحظ أن المحاكم المختلطة لم تجعل هنا سبيلاً لفكرة النظام العام فأخذت بأحكام الشرائع الأجنبية دائماً ، وإن خالفت الشريعة الإسلامية مخالفة صارخة^(٤) ، لأن هذه

(١) وفي البلاد الأخرى ، خلاف مصر ، ينازع قانون الأب قانون المحكمة المرفوع اليها النزاع ، وكذلك قانون محل ميلاد الولد . وقد فصل المشرع المصرى في المسألة فأخضعها لقانون الجنسية بالنسبة للأجانب ، ولقانون الديانة بالنسبة للمصريين . انظر ١٥ مارس ١٩٠٥ . م . ت . م . ١٨ . ١٥٠ . أما اذا كان الولد طبيعياً فيحصل الاثبات وفقاً لقانون الأم عادة . انظر Makarov . ٤١١ و Pillet-Niboyet . ٧٦٦ .

(٢) انظر Weiss . ٤ . ١ — ١٦٧ و Surville . ٤٦٦ — ٤٧٢ و Valéry . ١١٣٩ — ١١٦١ .

(٣) حكم ١٥ مارس ١٩٠٦ السابق الاشارة اليه وكذلك ٤ فبراير ١٩٠٩ م . ت . م . ٢١ . ١٥٨ و Messina . ٢ . ١٢ حيث يقرر وجوب الرجوع الى القانون الشخصى في كل ما يتعلق بالعلاق بين الولد وأبيه ولو كانت العلاقة عن طريق التبني أو خلافه .

(٤) وعلى ذلك من الممكن الاعتراف بالولد الطبيعى وبأحقية في الميراث حتى في العقارات المصرية ، وكذلك بالولد المتبنى وبالولد غير الشرعى الذى يتقلب شرعياً باتباع اجراءات خاصة légitimation .

الشريعة ليست اقليمية في الواقع ، ولأن أحكامها ترضى بترك غير المسلمين وما يدينون فيما له اتصال بالديانة ، لذلك كان من باب أولى أن تهمل المحاكم القنصلية النظام العام المصري كل الاهمال ، اذ أن اتباع مبدأ شخصية القانون يضطرها الى سلوك هذا المسلك .

٢٣٧ — ومن المسائل الهامة التي تدخل ضمن الأحوال الشخصية مسألة الأهلية ، وقد ورد النص بشأنها في المواد ١٣٠ / ١٩٠ م . ١٠ م . ٤ م . م . فالأهلية المطلقة أو المقيدة تخضع لحكم قانون الجنسية بالنسبة للأجانب ، وقانون الديانة بالنسبة للمصريين . وقد بحثنا بعض أحكام الأهلية عند الكلام في عقد الزواج ، ولكن نطاق الأهلية ليس محدودا بل شاملا ، فتتصرف الى كل أنواع التصرفات والأفعال القانونية . فما هو المراد بالأهلية ؟ الأهلية هي قدرة الشخص على التمتع بالحقوق والتصرف فيها والتحمل بالالتزامات . وظاهر أنها مختلفة عن الحالة ولو أنها متصلة بها ^(١) ، فالأهلية بنوعها نتيجة لحالة الشخص المدنية ، فإذا كانت حالته تقيد أنه قاصر فإن أهليته تتحدد بذلك . وعلى العكس اذا كان حالته تقيد أنه رشيد فإن أهليته تكون كاملة مطلقة . ويتبين من التعريف السابق أن الأهلية اما أن تتعلق بالتمتع وتسمى بأهلية التمتع أو أهلية الوجوب *capacité de jouissance* ، ومعنى ذلك أن القانون يقر للشخص بمقدرته على التمتع بحقوق معينة فالجنون مثلا أهل للتمتع لأنه يصح أن يكون مالكا لعقار ^(٢) .. الخ وتخضع أهلية التمتع للقانون الاقليمي واما أن تتعلق بالتصرف

(١) وجدير بالذكر هنا أن مسائل الحالة لا تتصل عادة بالحقوق المالية مباشرة فتثبت صفة الزوجية لشخص أو صفة البنوة . الخ لا يترتب عليه حتما ومباشرة الاعتراف له بحقوق مالية ، أما الأهلية فانها تتصل مباشرة بالأموال سواء للتمتع بها أو للتصرف فيها ، ومن هنا كانت قريبة كل القرب من الأحوال العينية رغم اتصالها الظاهر بالأحوال الشخصية . قارن رسالة Battifol . باريس ١٩٢٩ . ٤ وما بعدها .

(٢) والواقع أنه وفقا للقانون المصري لا توجد مطلقا عدم أهلية تتمتع بصفة عامة لأن معنى ذلك اقرار لمبدأ عدم المساواة بين المصريين . انظر Arminjon . ٢ . ٣٩ وما بعدها . والسنهوري « النظرية العامة في الالتزامات » . ٣١٥ .

ويطلق عليها أهلية التصرف *capacité d'exercice*، ومعنى ذلك أن القانون يعترف للشخص بحريته في التصرف^(١) حرية كاملة أو منتقصة على حسب الأحوال . فالبالغ له أن يبيع أمواله متى شاء ، أما القاصر فيبعه يظل موقوفا على إذن وصيه ، أو إجازته للتصرف بعد بلوغه . ومن المتفق عليه أن الشخص يعد أهلا إلى أن يثبت العكس . وسن الرشد في مصر هي ٢١ سنة بالنسبة لكل المصريين مسلمين أو غير مسلمين وفقا لقانون ١٣ أكتوبر سنة ١٩٢٥ الخاص بإنشاء المجالس الحسبية . وأما قبل هذه السن فيعتبر الشخص قاصرا ، ولكنه إذا بلغ سن الثامنة عشر فإن أهليته تكون مقيدة ويحق له القيام ببعض الأعمال التحفظية والأعمال المتعلقة بالإدارة *actes d'administration* . فإذا عقد ناقص الأهلية عقدا ، فهذا العقد باطل والبطلان هنا نسبي ، كما نص على ذلك صراحة (١٣٢/١٩٢ م . ا . م .) .

هذا بالنسبة للمصريين أما بالنسبة للأجانب فتتبع في أهليتهم الأحكام الواردة في قانون جنسيتهم^(٢) ، وبناء على ذلك قضت المحاكم المختلطة ببطلان التعاقد الحاصل من أجنبي قاصر وفقا لقانون جنسيته ، وإن كان بالغا وفقا لقانون محل العقد ، وطبقت هذا الحكم أيضا بالنسبة للأشخاص المعنوية . وهناك مسألة محل خلاف في القضاء المختلط ، وهي خاصة بالزوجات المصريات المعتقدات لملة الروم الارثوذكس *Greco-Orthodoxe* لكونهن من أصل يوناني ، فكفالتهن لأزواجهن باطلة بمقتضى شريعتهم . وتقرر ذلك منذ زمن بعيد بقرار مجلس الشيوخ المعروف باسم *Senatus consultum Velleianum* . فارتأى بعض المحاكم^(٣) الحكم بالبطلان أى بعدم مسئولية الزوجة ، ولكن البعض الآخر

(١) أى بحريته في اكتساب الحقوق .

(٢) انظر ٨ مارس ١٩٢٣ م . ت . م . ٢٧٧ . ٣٥ . وأما أهليتهم في التمتع فنظمة بحسب نصوص الامتيازات عادة .

(٣) مصر الجزئية المختلطة ٣٠ نوفمبر ١٩١٠ . جازيت ٢٠ ١٥٨ . وقد أورده المرحوم أبو هيف بك ٤٢٣ . وبالنسبة للزوجات الايطاليات ٢ ديسمبر ١٩٢٠ م . ت . م . ٣٣ . ٤٦ . وكذلك ٦ يونيو ١٨٩٠ م . ت . م . ١١٠ ٢٦٩ .

قضى بمسئوليتها^(١) وذلك بجعلها ملزمة بدفع التعويضات . وظاهر أن أساس الحكم بالتعويض ليس العقد بل الفعل الضار ، وأن التعويض المحكوم به هو صحة الكفالة^(٢) . واقد كانت لهذه المسألة أهمية عملية كبرى فيما مضى ، لأنها كانت تشمل أيضا الزوجات اليونانيات قبل تعديل التشريع اليوناني وجعله تشريعا وضعيا في مسائل الأحوال الشخصية . وكذلك اعتبرت المحاكم المختلطة نقص الأهلية الناشئ عن الزواج ، فالزوجة الفرنسية اذا تصرفت بطريق البيع في أموالها الحرة بغير اذن زوجها فان تصرفها يعتبر باطلا .

وينحصر الأجانب غير المتمتعين بالامتيازات ، وكذلك من لاجنسية لهم لاختصاص المجالس الحسبية وفقا لنص المادة الثالثة من قانون سنة ١٩٢٥ الذي جعل اختصاص هذه المجالس شاملا لكل المتوطنين في مصر . وخضوعهم لاختصاص المجالس الحسبية ليس معناه تطبيق الأحكام الشرعية عليهم بل تطبيق المجالس الحسبية قانون جنسيتهم فيما يدخل في اختصاصها^(٣) . فاذا كان

(١) ٦ مايو ١٨٩٦ . م . ت . م . ٨ . ٢٦٨ و ٢ مايو ١٨٩٥ . م . ت . م . ٧ . ٢٨٢ و بحث الأستاذ حلمي بهجت بدوى « آثار التصرفات الباطلة » المنشور في مجلة القانون والاقتصاد . السنة الرابعة . ٣ . ٣٨٣ .

(٢) ونقص الأهلية هذا معروف في بعض التشريعات الأوروبية ، فقد عرفه التشريع الأسباني . ولما عرض أمره أمام المحاكم الفرنسية احترمت هذه المحاكم مصالح رعاياها وقضت بأن المنع من الكفالة (وفي القضية كانت الكفالة عينية) انما يقرر عدم أهلية خاصة incapacité spéciale لا تتعدى حدود بلدها أسوة بما كان متبعا عند D'Argentré (انظر رسالة Battifol . السابق الاشارة اليها ١١٢ وما بعدها) . وعندى ان هذه الحجة يمكن الاعتماد عليها في مصر من طريق القياس للقول بأن هذا المنع انما يسرى فقط في حق طائفة الروم الأرثوذكس ، فاذا كان التعامل من الغير التابعين لالة أخرى فلا يسرى عليه المنع ، لأن النظم شخصية ، فلا يؤخذ بالنظام بالنسبة لأشخاص خلاف التابعين له . قارن . ٦ مايو ١٨٩٦ . م . ت . م . ٨ . ٢٦٨ و قارن Arminjon . ٢ . حيث أشار الى نص المادة السابعة من التشريع الألماني التي تشير بعدم اتباع حكم قانون الأحوال الشخصية في مثل هذه الأحوال . وأبو هيف بك . ٤٢٧ . ورسالة Edmond Aubry . السابق الاشارة اليها . ١٧٣ .

(٣) ومعنى ذلك أنه يرجع الى قوانينهم الشخصية لمعرفة ما اذا كانوا قصرا أو بالغين =

الشخص بلا جنسية ، ففي اعتقادي ، أن من الواجب تطبيق قانون ديانتته .
والمجالس الحسبية هي السلطة المختصة بتعيين القوام والأوصياء في حدود الاختصاص السابقة ، وقد نظم القانون الخاص بها طرقا لعلائية أحكامها ، وعلى الأخص ما تعلق منها بالحجر . ويضيق نطاق هذا السفر عن بحث التفاصيل الخاصة بآثار التصرفات الحاصلة بعد رفع دعوى الحجر وقبل صدور الحكم به على الشخص ، ولا التصرفات المصرح بها في بعض الأحوال ، وغير ذلك من التفاصيل الهامة ^(١) .

٢٣٨ — وقد ورد بشأن الأهلية نص آخر هو نص المادة ١٠/٤ تجارى . ا . م . ويقرر أن الأشخاص الذين يبلغون سن الحادية والعشرين لهم الحق في مزاوله الاتجار ، فان كانت سنهم ثمانية عشر عاما ^(٢) وكانوا بالغين بمقتضى قانون أحوالهم الشخصية فحقهم في الاتجار موقوف على أخذ اذن من المحكمة الابتدائية ، فان كانوا قسرا فلا يمكنهم مزاوله الاتجار الا بحسب الشروط الواردة في قانون أحوالهم الشخصية . وهذه الشروط هي بالجملة الحصول على اذن من الولي أو من مجلس العائلة ، مع تقرير علائية هذا الاذن .

وايراد هذا النص في التشريع المختلط النافذ على كل الموجودين في

= فلا يعمل اذن هنا بقانون المجالس الحسبية بأن يعتبر الأجانب راشدين حتما في سن الحادية والعشرين . ولكن يظهر ان هناك رأيا مخالفا لما تقول به قارن . الأستاذ الزيني .
مذكرات . ٢٥٦ — ٢٥٧ .

(١) ويرجع الى مجموعة بسطوروس . ٢ . ٣٢٢ . حيث توجد نصوص القانون الخاص بالمجالس الحسبية وطائفة كبيرة من الأحكام في الحجر وما يتعلق به .

(٢) فاذا كان الشخص في سن أقل من الثامنة عشرة وكان قانون أحواله الشخصية يعتبره أهلا للاتجار كما هي الحال في بلاد الحجاز مثلا ، فانه لا يصبح له الاتجار في مصر ، لأن نص المادة ١٠/٤ . م . ت . م . آمر من هذه الناحية . قارن الزيني . مذكرات . ٢٥٤ .
وأبو هيف بك . ٥٨٠ . وعندنا أنه لا يسوغ لهؤلاء الأشخاص الاتجار حتى لو تحصلوا على اذن من المحكمة لأنها لا تملك اعطاء الاذن في هذه الحالة .

الديار المصرية معناه استبعاد الأحكام الواردة بشأن الأهلية التجارية في القوانين الشخصية فيما عدا ما استثنى صراحة في نهاية المادة المختلطة . فالقاعدة اذن الواردة في النص قاعدة موضوعية منظمة لشروط الاتجار وليست قاعدة اسناد ، لذلك كانت ملزمة فيما أتت به من أحكام ، وان خالفت ما تقرر في تشريع الأحوال الشخصية للأجنبي . ويترتب على ما تقدم أنه اذا كان في قانون الأجنبي يحدد سن الخامسة والعشرين مثالا لكي يعتبر الشخص أهلا فانه يعمل بهذا النص في مصر بالنسبة لتصرفاته العائلية والمدنية ، أما التصرفات التجارية فله مزاوتها ابتداء من سن الحادية والعشرين عملا بالنص المختلط .

ولقد أصبحت هذه المادة عاطلة عن التطبيق بالنسبة للمصريين لأن سن الرشد قد ارتفع من ١٨ الى ٢١ سنة وليس لمن بلغ هذه السن الأخيرة أن يطلب اذنا من المحكمة ؟ أما اذا كان دون الثامنة عشرة فهو محروم أصلا من الاتجار بمتضى قانون سنة ١٩٢٥^(١) . ويظل النص المختلط جائز التطبيق بالنسبة للأجانب الذين يقرر قانون أحوالهم الشخصية سنا للرشد متراوحة بين ١٨ و ٢١ سنة . فهولاء الأشخاص لا بد لهم من أخذ اذن من المحكمة ، أما اذا كانوا قسرا ، وفقا لقانون أحوالهم الشخصية أيضا، فيكتفى باستيفاء الشروط التي يستلزمها هذا القانون للاتجار ، ولا حاجة هنا لأخذ اذن اضافي من المحكمة الابتدائية كما قال بذلك الأستاذ الزيني^(٢) ، لأن استيفاء هذه الاجراءات يقوم مقام الاذن .

(١) أما اذا كانت سنه فوق الثامنة عشرة فيمكنه الاتجار اذا أخذنا اذنا من المجلس الحسي وكان تحت الوصاية . فاذا كان في الولاية فيكتفى باذن وليه ، الا اذا قام اعتراض من المجلس الحسي بناء على طلب النيابة بأن كان الوالد قد أسرف في استعمال سلطته . وفي كلتا الحالتين لم يستلزم المشرع أخذ اذن من المحكمة .

(٢) انظر مذكراته . ٢٥٤ حيث يقرر أن استيفاء الشروط المقررة في القانون الأجنبي يجعل القاصر في مركز البالغ ، وهذا الأخير لا بد له هنا من اذن المحكمة الابتدائية لكي يمكنه الاتجار . وهذه الحجة منطقية بجملة ، وهذا هو عيبها ، لأن المقصود هو حماية القاصر وعدم السماح له بالاتجار الا عند استيفاء شروط معينة ، وقد اعتبر المشرع من باب القرينة القانونية القاطعة أن الشروط الواردة في قانون الأحوال الشخصية للقاصر كافية فلم يستلزم علاوة عليها ضرورة الحصول على اذن المحكمة ، والا كانت الحماية مزدوجة ولا مبرر يدعو لذلك .

اذ المطلوب هو حماية الأشخاص الذين هم دون سن الحادية والعشرين ، وان كانوا بالغين طبقا لقانون أحوالهم الشخصية ، وذلك نظرا لخطورة الأعمال التجارية ، فاستلزم المشرع اذن المحكمة ، لأنه اعتبر من باب القرينة القانونية القاطعة أن الشخص دون الحادية والعشرين غير أهل للتجار ، وان كان قانون أحواله الشخصية يبيح له ذلك . ولكنه اذا كان قاصرا وأباح له قانونه ، مع ذلك ، الاتجار بشروط ، فان هذه الشروط تقوم مقام اذن المحكمة ^(١) . وهذا ما قرره قانون المجالس الحسبية اذ أباح للمجلس اعطاء الاذن بالتجار لمن كانت سنه فوق الثامنة عشرة دون حاجة للالتجاء الى المحكمة .

ومحل الصعوبة الحقيقية في الموضوع أنه قد لا يمكن في بعض الأحوال ، في مصر ، تحقيق الشروط التي يستلزمها القانون الأجنبي للسماح للقاصر بالتجار ، وعلى الأخص ما تعلق منها بالعلانية . ويمكن تقسيم هذه الشروط الى قسمين . الأول وهو خاص بالموضوع ، ومضمونه أخذ الاذن من الولى أو الوصى أو مجلس العائلة . . الخ . الثاني وهو خاص بالاجراءات ، وموضوعه كيفية تقرير علانية هذا الاذن بعد الحصول عليه . ومجموع هذه الشروط يطلق عليه علماء القانون الدولي الخاص اصطلاح الاجراءات المكتملة للأهلية *Les formes habilitantes* . والقسم الأول منها متفق على خضوعه لقانون جنسية الشخص لأنه هو القانون الذى يحكم أهليته ، أما القسم الثانى فيخضع لقانون القاضى وهو هنا قانون الجهة التى يحصل فيها الاتجار ، وذلك لسببين (أ) أن الأمر متعلق بالاجراءات ومن المقرر أن مسائل المرافعات تخضع لقانون القاضى (ب) أنه لا يمكن تحقيق الأغراض المطلوبة من العلانية اذا استوفيت فقط في بلد الشخص ^(٢) . وعلى ذلك يجب اعلان الاذن السالف الذكر في دائرة المحكمة التجارية المختلطة .

(١) انظر مؤلفنا . ١٨٥ . هامش (١) .

(٢) انظر *Pillet-Niboyet* . ٦٨٠ — ٦٨٤ و *Arminjon* المجلة . ١٩٢٥ . ٤٩٥ .
وراجع في صعوبة التفرقة بين هذين القسمين *Lairó* . ٢ . ١٩٣ . وما بعدها .

وأوجه الأنظار بهذه المناسبة الى أن المشرع المصرى فى القانونين الأهلى والمختلط لم ينظم طرقا لعلانية هذا الاذن . وقد تم التنظيم أخيرا بمقتضى قانون السجل التجارى الذى وضع موضع التنفيذ ابتداء من ٢٥ يناير سنة ١٩٣٥ .

وأهلية النساء للتجار تخضع لقانون أحوالهن الشخصية وفقا للمادة ١١/٥ ت.ا.م. فإذا كانت المرأة متزوجة فأهليتها ستقيد بالزواج ، أى أنه يتحتم فى هذه الحالة غالبا أخذ اذن زوجها علاوة على الشروط الأخرى الواردة فى المادة ١٠ ت.م. وإذا كان زوجها تاجرا فلا بد من اعلان مشاركة الزواج ، أما اذا كانت مشغلة بالتجار قبل الزواج أو كانت غير متزوجة فإن أهليتها للتجار يرجع فيها الى المادة ١٠ تجارى مختلط ^(١) .

٢٣٩ — فالأصل أن كل ما يتعلق بالأهلية خاضع لقانون الأحوال الشخصية سواء كان موضوع التصرف عقارا أو منقولا ، وسواء تعلق التصرف بالأحوال العائلية أو بالأحوال المالية .

٢٤٠ — على أن هذا المبدأ يحتمل مع ذلك بعض الاستثناءات نلخصها فيما يلى :

أولا : استثناءات أساسها تطبيق قواعد التكيف والاحالة : وبيان ذلك أن تطبيق قواعد التكيف الوطنية قد يودى الى القول بأن ما يدخل فى مسائل الأهلية وفقا للتشريعات الأجنبية يعتبر متعلقا بالشكل وفقا لقانون القاضى ، كما رأينا فى وصية الهولندى وطلاق الكندى ، وكذلك ما يعتبر ضمن الأحوال الشخصية وفقا للتشريع الأجنبى قد يعتبر ضمن الأحوال العينية وفقا لقانون القاضى ولا سيما اذا تعلق التصرف بعقار (وكذلك المواريث ^(٢)) . كما أن الأخذ بالاحالة يودى عادة الى عدم اتباع حكم قانون الجنسية فى مسألة الأهلية والأخذ بقانون الوطن .

(١) أبو هيف بك . ٥٨٢ ورسالة Edmond Aubry السابق الاشارة اليها . ١٤٦ .

(٢) رسالة Battifol . ١٠٩ وما بعدها .

ثانيا : استثناءات أساسها وجود نصوص موضوعية اقليمية : فاذا رجعنا مثلا الى المادة ١٣١ / ١٩١ م . ا . م . نجدها تقرر الزام القاصر برد المنفعة التي استولى عليها . فهو اذن أهل للالتزام وان كان الظاهر أن رد المنفعة المذكورة أساسه التزام ناشيء عن سبب آخر مختلف عن العقد ، وذلك تطبيقا لمبدأ عدم الأثر بلا سبب ، أى أن الالتزام هنا ناشيء عن فعل ، والقاعدة في هذه الالتزامات أنها تخضع لقانون محلها^(١) loi locale . وفي النهاية فان التمسك بنقص الأهلية هو من شأن القاصر لا من شأن العاقد الآخر .

ومن الجهة الأخرى فقد نصت المادة ٣٣٦ / ١٩١ م . ا . م . على عدم جواز فسخ البيع بسبب الغبن ولو كان المبيع عقارا مملوكا لقاصر . والجائز هنا فقط هو طلب تكملة الثمن في خلال سنتين بعد بلوغ البائع سن الرشد أو وفاته ، فهذه النصوص عامة التطبيق بغض النظر عما يوجد مخالفا لها في قوانين الأحوال الشخصية للمتعاقدین^(٢) كما لا ننسى أيضا الإشارة الى المادة ٢٥٤ / ٣٢٠ مدني بشأن بيع المريض مرض الموت اذ حكمها عام . ومفروض أن بطلان التصرف في هذه الحالة لا يقصد به حماية المريض وان المقصود هو حماية مصلحة الورثة والدائنين ، فالنص بعيد عن أن يتعلق بالأهلية^(٣) .

ويدخل ضمن هذه النصوص ما تعلق منها بالنظام العام كالنصوص المانعة للرق مثلا .

ولكن لما كان هذا الاستثناء شاملا لمسائل الأهلية وغيرها لذلك سنعالجه

(١) كذلك نلفت النظر بهذه المناسبة الى المواد ١٦٦ / ٢٢٨ / ١٢٣٨ م . ا . م . فرلبي فهي تحيز الوفاء من القاصر بدينه في بعض الأحوال . راجع فيما بعد تطبيق القانون المحلي .
(٢) وظاهر أنها نصوص موضوعية مقيدة لتطبيق قاعدة الاستناد الواردة في المادة ١٩٠ .
٢٠٠٢

(٣) ومن المتفق عليه أن أحكام المادتين ٣٢١ ، ٣٢٢ م . م . لا تسريان على الأجانب بل يجب هنا تطبيق أحكام القوانين الأجنبية في هذا الصدد .

في مبحث على حدة .

ولقد تقرر بعض هذه الاستثناءات بنصوص تشريعية في بعض التشريعات الأجنبية كالتشريع الألماني ، وكذلك التشريع السويسري .
وهناك استثناءات أخرى تمنع من الأخذ بأحكام القوانين الأجنبية في مسألة الأهلية ، وسنتكلم عنها بمناسبة القيود التي ترد على تطبيق القانون الأجنبي على العموم .

٢٤١ — ولا شك في أن تعدد هذه الاستثناءات من شأنه أن يقلل من أهمية المبدأ الوارد في المادة ١٣٠ / ١٩٩ م . ا . م . وفي ذلك ما يدعو إلى التفكير فيما إذا كان من الأولى اتباع حكم قانون الوطن فيما يتعلق بمسائل الأهلية ، وعلى الأخص عند ما تكون التصرفات القانونية متعلقة بعلائق مالية ، لاعتائلية ، اذ لا توجد في هذه الأحوال الأسباب التي تدعو إلى ضرورة احترام حكم القانون الأجنبي . هذا هو ما تميل إليه الأفكار الحديثة في فرنسا^(١) وخصوصا بعد أن كثرت هجرة الأجانب إليها ، ولقد رأينا أنه وفقا للكثير من نظريات العلماء في تنازع القوانين تخضع الأهلية لحكم قانون الوطن^(٢) .

٢٤٢ — وقد ذكرت المادة الرابعة مسائل المواريث ضمن المسائل التي تدخل في اختصاص قاضي الأحوال الشخصية فأخضعها لنفس القاضي وبالتالي لنفس القانون ، نظرا للارتباط المعروف بين الاختصاص القضائي والاختصاص التشريعي في مصر . ووردت النصوص التشريعية ظاهرة في هذا المعنى ، فتقول المادة ٥٤ م . ا . بأن الحكم في المواريث يكون على حسب المقرر في الأحوال الشخصية المختصة بالملة التابع لها المتوفى d'après le statut personnel du défunt . ويلاحظ على النسخة الفرنسية أنها استعملت اصطلاح statut personnel ، وقصدت به قانون الأحوال الشخصية الديني ، وهو استعمال

(١) دروس Lévy-Ullmann . اليساس . ١٩٣٥ . ١٢١ .

(٢) انظر Pillet-Niboyet . ٧٠٢ .

مأخوذ عن الفقه والقضاء الفرنسيين اذ يقصد به الإشارة الى القوانين المتعلقة بالأشخاص عند ما تتنازع بعضها مع بعض . ولكن نص المادة ٥٤ مكل بنصوص أخرى كنص المادة ١٨ من الخط الهايوني الصادر في سنة ١٨٥٦ وبالنصوص المصرية اللاحقة التي جعلت اختصاص جهات الأحوال الشخصية لغير المسلمين في مسائل المواريث معقود باتفاق الورثة^(١) ، هذا اذا توفي المورث دون أن يترك وصية ينظم فيها توزيع تركته كلها ، فان ترك وصية اتبعت أحكامها وفقا للمقرر في قانون أحواله الشخصية (٥٥ م . ١) . فاذا لم يحصل الاتفاق بين الورثة فان الجهة المختصة تكون المحاكم الشرعية التي توزع التركة وفقا لقواعد الشريعة الفراء . ومن المعلوم أنه بمقتضى قواعد هذه الأخيرة ، للذكر مثل حظ الأنثيين ، وفي وجود هذه القاعدة تشجيع للذكور من الورثة على عدم الاتفاق رغبة في الاستفادة من النص الشرعي . ولقد اضطر بعض البطركيات حبا في الاحتفاظ بالاختصاص في مسائل المواريث^(٢) أن يأخذ بالقاعدة السابقة في المواريث ، ولقد ساعد على ذلك عدم وجود تشريعات كاملة متبعة عند هذه الطوائف . وهذا هو الرأي المتفق عليه علما وعملا وان كان البعض يخالفه ويقول بالاختصاص الحتمي دائما لجهات الأحوال الشخصية لغير المسلمين^(٣) . ووفقا للمشروع الأخير الخاص بالطوائف غير الإسلامية سيصبح الفصل في مسائل المواريث من اختصاص المحاكم الأهلية دون المحاكم الشرعية ، وذلك لما

(١) وعملا توزع تركات المصريين على اختلاف مللهم ودياناتهم وفقا لأحكام الشريعة الفراء غالبا .

(٢) ولا شك في أن للبطركية منفعة في الاحتفاظ بالاختصاص لما يجره ذلك عليها من منافع مختلفة من رسوم قضائية وغيرها .

(٣) انظر كلمة في هذا المعنى للأستاذ عزيز خانكي منشورة بمجلة المحاماة السنة السابعة . ٩٤٤ وانظر عكس ذلك ٢٧ يناير ١٩٢١ م . ت . م . ٣٣ . ١٦٣ . ٩ فبراير ١٩٢٦ م . ت . م . ٣٨ . ٢٢٠ . ٢٦ أبريل ١٩٢٢ م . ت . م . ٣٤ . ٣٦٣ . ٤ أبريل ١٩٣٣ م . ت . م . ٤٥ . ٢٢٧ وحكم محكمة مصر الشرعية ٢٢ أبريل ١٩٣٥ — المجلة ١٠٦٥ والأحكام المشار إليها في مرجع القضاء ملحق . ١١٢٠ .

للمواريث من صبغة مالية ظاهرة (١) .

٢٤٣ — هذا بالنسبة للمصريين أما بالنسبة للأجانب فظاهر في المادة ٧٧ م. م. (٢) أن المواريث تخضع لقانون جنسية المتوفى سواء كان الميراث متعلقا بمنقولات أو بعقارات ، شأنها في ذلك شأن المسائل الداخلة في نطاق الأحوال الشخصية ، فلم هذا التوسع في تطبيق قانون الجنسية ؟ ربما قيل ان القاعدة التي أوردتها المشرع المصري بشأن المواريث لها نظير في بعض التشريعات الأخرى كالقانون الايطالى مثلا ، فأخذها عنه مخالفا بذلك التشريع الفرنسى الذى اعتاد أن يتأثر بأحكامه . ولكننا نعتقد مع ذلك أن علة التوسع ترجع في أساسها الى نظام الامتيازات ، وما زال قائما في مصر . وبيان ذلك أنه بمقتضى الامتيازات استولت المحاكم القنصلية — وهى محاكم زمنية — على الاختصاص الذى كان يتمتع به الرؤساء الدينيون الكتابيون فيما مضى وفقا لأحكام الشريعة الغراء ، وذلك في الحكم في المنازعات التى تنجم بين أفراد طوائفهم (وهم أجانب) سواء تعلقت بأحوال شخصية أو عينية أو جرائم في حق أنفسهم ، أما غير المسلمين من المصريين فظلوا خاضعين لرؤسائهم الدينيين ، ولم ينتقل الاختصاص بشأنهم الى المحاكم القنصلية لأنهم ليسوا أجانب . ولم يكن فى مقدور المشرع سنة ١٨٧٥ أن ينزع هذا الاختصاص برمته دفعة واحدة بل وقف عند حد التشريع المختلط

(١) وقد رأينا أن المشرع الفرنسى قد نظر الى المواريث باعتبارها سببا من أسباب الملكية ، واعتبرها القضاء ملحة بالأحوال العينية فيما يتعلق بالعقارات .

(٢) وان كان النص قد قرر « قانون الأمة » اذ من المعلوم ان وضع النص على هذا الشكل قد أتى على نمط التشريع الايطالى الذى تأثر بنظرية Mancini فالمراد اذن قانون الدولة التابع لها المتوفى أى قانون جنسيته انظر م. م. ٤٣ . ١٤٣ وم. م. ٤٧ . ٥٧ ، ٣٤٤ حيث أخذ بقانون الجنسية . وغنى عن الذكر أن المشرع المصرى قد خالف هنا المشرع الفرنسى وكذلك القضاء الفرنسى الأول بالنسبة للعقارات (المادة ٢/٣ مفسرة على هذا النحو) والثانى بالنسبة للمنقولات ، لأن قاعدة ميراث المنقولات تخضع لقانون موطن المتوفى قاعدة تقررت في القضاء الفرنسى ولم يرد بشأنها نص تهريمى مطلقا . انظر رسالة André Tiran وموضوعها Les successions testamentaires en D. I. P. ١٩٣٢ . ١١٠ وما بعدها ، وقارن Messina . ٧٧ . ٢ .

الذى صدر باتفاق الدول وأتت نصوصه مقصورة على العلائق المالية وأسقطت منها مسائل المواريث ، وتبعه في ذلك التشريع الأهلى فيما بعد سنة ١٨٨٣ .
ولقد صدرت مجموعة الأحوال الشخصية ^(١) وألحقت بها المواريث فى كتاب على حدة ، ونرى فى هذا تأكيداً كيداً لما نقول به من أن مسائل المواريث خارجة بطبيعتها عن الأحوال الشخصية ، وإن كان المشرع المصرى قد جعلها من اختصاص المحاكم الشرعية بحسب الأصل والمجالس المالية عند اتفاق الورثة إذا كانوا من ملة واحدة ، كما أنه أخضعها لحكم قانون الديانة بالنسبة للمصريين ، وقانون الجنسية بالنسبة للأجانب . وعلى ذلك يمكننا القول فى النهاية بأنه كان من مقتضى الامتيازات الأجنبية إعطاء الأحوال الشخصية فى مصر وغيرها من بلاد الامتيازات كالجائر ومراكش وتونس وتركيا فيما مضى معنى واسعاً شملت به المواريث . وما زال هذا المعنى الواسع مأخوذاً به فى بلاد شمال أفريقيا رغم إلغاء الامتيازات فيها وحلول المحاكم الفرنسية الزمنية محل المحاكم الدينية القديمة ، ففسر المحاكم الفرنسية الأحوال الشخصية تفسيراً شاملاً للمواريث وفقاً لما كان متبعاً من قبل (عهد الامتيازات) . ويعلل الشراح الفرنسيون هذا المسلك بأن الحكومة الفرنسية لم تر من الملائم أن تهدم النظام الماضى طفرة واحدة فاستبقت محتويات الأحوال الشخصية كما هى مرضاة للدول ، اذ تطبق عليها قوانين جنسية الأفراد ^(٢) .

ويتبين مما تقدم أن فرنسا وقد ألغت الامتيازات فى شمال أفريقيا باتفاقها مع الدول ، لم تقدم على المساس بالأحوال الشخصية ، بأن تجعلها محدودة فى نطاقها الطبيعى المعتاد ، فمن المعقول اذن أن ينهج المشرع المصرى نفس المنهج

(١) وأقصد المجموعة المعروفة باسم قدرى باشا ، ولقد أصدرتها الحكومة المصرية بناء على تعهدها بذلك للدول الأجنبية . ونصوصها ليست ملزمة لأنه ليس لها قوة القانون . فصدورها يقصد به علانية الأحكام الشرعية فحسب .

(٢) انظر مقالنا « المحاكم الأهلية والأحوال الشخصية » السالف الإشارة إليه . ٧٩٥ .

وهو مقنن بقنود الامتيازات .

والخلاصة أن مسائل الموارنث تخضع بالنسبة للمصرنن لقانون ملة المتوفى^(١) بالتفصنل السابق ، وبالنسبة للأأانب لقانون الجنسية ، فلا عبرة اذن بجنسنة الوارث أو دنانته اذا اختلفت^(٢) .

٢٤٤ — وقد كان اتباع المشرع لقانون الجنسية على اطلاقه فى مسائل الموارنث سببا فى تطبيق نظرية الاحالة لأن القوانن الأأرى تحنل أأنا على القانون المصرى باعتباره قانون موقع المقاراة ، ومعلوم أن القانون المصرى يحنل بدوره على قانون جنسنة المتوفى ، وعرفنا أن هذه الاحالة الثانية يطلق عليها التفوىض ، لأننا فى بلد نظامه القانونى مركب^(٣) .

ورغم أن مسائل الموارنث تخضع فى الأصل لاختصاص قاضى الأحوال الشخصية^(٤) ، فانه قد قام الخلاف على تحننل ما ىدخل منها فى اختصاص

(١) وىلزم أن نشير هنا الى أنه وقفا للقاعدة الشرعية تؤول تركة من لا وارث له الى ىت المال سواء كان المتوفى مسلما أو ذميا ، ولكن هذه القاعدة الشرعية غير مطبقة عملا بالنسبة للطوائف غير الاسلامنة وكذلك بالنسبة للأأانب الذين ىتوفون بغير ورثة اذا تستولى جهتهم الشخصية أو حكوماتهم على تركاتهم . وهذا الحكم غرنب . انظر بحث الأستاذ أحمد ابراهنم بك وكنل كلية الحقوق . المنشور فى مجلة القانون والاقتصاد . السنة الرابعة . ١ . ٥٢ — ٥٣ .

(٢) انظر حكم استئنافى أهلى مصر ٢ مايو ١٩٣٢ و ٢٨ مايو ١٩٣١ . م . ت . م . ٤٤ . ٤٢١ .

(٣) انظر ٩ مارس ١٩٠٥ . م . ت . م . ١٨٠ . ١٨٥ و ٢٨ مايو ١٩٣١ . م . ت . م . ٤٤ — ٤٢١ و ٦ ديسمبر ١٩٣٢ . م . ت . م . ٤٥ . ٥٧ و ٢٩ نوفمبر ١٩٣٣ . م . ت . م . ٤٦ . ٥٦ و ٢١ ديسمبر ١٩٣٣ . م . ت . م . ٤٦ . ٩٢ و ١٣ ىوننة ١٩٣٤ . م . ت . م . ٤٦ . ٣٣١ .

(٤) ومن المسائل التى أأارت خلافا كثرنة أمام القضاء الشرعى ، على الأأص ، مسألة اختلاف الدارنن وهل ىعتبر مانعا من الارث فى الوقت الحاضر أو لا ؟ وتظهر أهمية هذا البحث بالنسبة للمصرنن غير المساهنن الذين لهم أقارب مقيمون فى الخارج وىنتسبون أأنا الى دول أأنبنة ، فهل ىوجد هنا اختلاف الدارنن بالمعنى الشرعى فىمنع من التوارث ىنهم ؟ قرر بعض الأحكام انه لا ىوجد اختلاف دارنن الآن ، لأن الحال المآودة ىن الدول العصمة فىها باقية غير منقنة ولا منقطعة لأن القانون الدولى العام والمعاهدات ىن الدول أوجبنا العصمة فى حال السلم للمال والدم ومنعت الحرب . والحال كذلك ىن مصر وبقى البلدان (محكمة مصر الابتدائنة =

المحاكم المدنية باعتبار أن موضوعه علائق مالية ، كقسمة الأموال الموروثة^(١) .
هذا وقد استثنت المادة ٧٧/٥٤ م . ا . م . حق الارث في منفعة الأموال
الموقوفة ، فقررت أنه تتبع فيه أحكام الشريعة المحلية *la loi locale* . فما هي
الشريعة المحلية في بلد ذي نظام قانوني مركب ؟ قال المرحوم فتحى باشا ان المراد
بها الشريعة الاسلامية ، وعندنا أنه لتفسير هذا النص يجب الرجوع الى نص
المادة ١٨ م . ا . م ، المكمل له ، ويستفاد منه أن المقصود من ارث حق الانتفاع
في الأموال الموقوفة هو ذلك الارث الذي ورد ذكره في لأئحة ٧ صفر سنة ١٢٨٤
والخاص بالعقد المسمى بعقد الايجارتين .

٢٤٥ — وتتبع التشريعات الأخرى في مسائل الموارث عادة قانون
موقع العقارات ، وقانون موطن المتوفى بالنسبة للمنقول بغض النظر عن موقعه

= الشرعية ٢٦ مايو ١٩٣٣ وأشار اليه الأستاذ عزيز خانكي المحامي في بحثه اختلاف
الدارين المنشور في مجلة القانون والاقتصاد . السنة الرابعة . ٦ . ٧٣٣) وكذلك أخذت
بنفس الرأي محكمة الاستئناف المختلطة فأباحت لانجليز أن يرثوا من قريبتهم المصرية جنسية
والانجليزية الأصل ، وكانت مقبلة في مصر حيث توفيت فيها . وقررت المحكمة في حكمها أن
اختلاف الجنسية واختلاف الدارين ليسا من موانع الارث بين رعايا دولتين ، اذا كان بين
البلدين تناصر وتعاون وولاية (قضية البرنس جمال الدين السابق الاشارة اليها) وتأيد هذا
الحكم بآخر في ١٧ ابريل ١٩٢٨ م . ت . م . ٤٠ . ٣٠٨ . ومع ذلك فهناك أحكام
شرعية تقضى على خلافه ، منها أخيرا حكم محكمة مصر الشرعية الصادر في ١٢ مارس ١٩٣٤
وأشار اليه الأستاذ عزيز خانكي في بحثه السابق ٧٣٤٠ . والظاهر أن العمل بالرأي القائل
أن لا توارث لمجرد اختلاف الجنسية فيه ضرر يحقق فضلا عن مخالفته لحكمة التفسير الاسلامي
ولروح القوانين الدولية . عزيز خانكي المرجع السابق ٧٠١ ، وبحث الأستاذ أحمد ابراهيم بك
وكيل كلية الحقوق المنشور في مجلة القانون والاقتصاد ، حيث يقرر وجوب اعتبار اختلاف
الدارين في حالة الحرب بالفعل فقط . وقد حيد الأستاذ الغاء هذا المانع . وهناك حكم شرعي
حديث صدر على عكس الرأي المتقدم وهو حكم محكمة مصر الابتدائية الشرعية ٢٢ ابريل
١٩٣٥ Clunet . ١٩٣٥ . ٦٥ . ١ .

(١) وقد أثار هذه المسائل خلافات عديدة في القضاء . انظر مجموعة ببطوروس . ٢ .
٣٢ . وكذلك Messina . ٢ . ٧٨ والأحكام الكثيرة التي أشار اليها .

الحقيقى كالتشريع الفرنسى مثلاً^(١) ، ويترتب على ذلك أن الميراث الواحد قد يخضع فى تقسيمه لتشريعات متعددة^(٢) . أما فى مصر فإن القانون الواجب الاتباع واحد ، ولقد أبان المرحوم أبوهيف بك المضار العديدة^(٣) التى تنجم عن اتباع حكم القانون المصرى فى هذا الصدد وتتلخص فيما يأتى :

أولاً — أن القانون المصرى يجعل النظام العقارى فى مصر خاضعاً لقوانين أجنبية متعددة فيصلب أحياناً معرفة الملاك الحقيقين للعقارات . وهذا ضار بالثقة العقارية . ثانياً — أن ذلك يؤدى الى مخالفة مبادئ النظام العام فى مصر إذ أن المحاكم القنصلية عند توزيعها للتركات قد تعترف بحقوق لأولاد السفاح وفى هذا تبحر للشعور العام فى مصر^(٤) . ثالثاً — أن اتباع قانون الجنسية يؤدى الى توريث الحكومات الأجنبية للعقارات التى لا وارث لها ، والتى تركها أحد رعاياها ، وفى هذا من الخطورة ما لا يخفى .

٢٤٦ — وتتصل بمسائل الموارىث ، المسائل المتعلقة بالوصايا . ولقد

(١) انظر Makarov . ٤٣٨ حيث أشار الى أحكام التصريمات الأجنبية فى هذا المعنى ويلاحظ أن القانون واحد دائماً بالنسبة للنقولات بخلاف العقارات فالقانون يتعدد اذا اختلفت مواقعها .

(٢) والجري على ذلك قد يترتب عليه أحياناً أن وارثاً يغبى عند توزيع الأموال الموجودة فى خارج البلد الأصلى ، فاذا توفى فرنسى عن أموال بعضها موجود فى فرنسا والبعض الآخر موجود فى إنجلترا ووزعت هذه الأموال على ورثته مرة وفقاً للقانون الفرنسى وأخرى وفقاً للقانون الانجليزى فقد يغبى بعض الورثة . لذلك يقرر التشريع الفرنسى للوارث المغبون الحق فى أن يأخذ من الأموال الموجودة فى فرنسا ما يعوض عليه غيبته بالنسبة للأموال الموجودة فى إنجلترا . انظر Bartin . ١ . ١٠٦ وكذلك Pillet-Niboyet . ٨٥٣ .

(٣) ومع ذلك فحكم القانون المصرى قد أخذ به فى مشروع اتفاق لاهاى فى المؤتمر السادس ١٩٢٨ فى المادة الأولى من المشروع . Makarov . ٤٣٩ . على أن المشروع يبيح فى بعض الأحوال استبعاد قانون الجنسية اذا خالف اعتبارات النظام العام فى بلد القاضى . انظر Pillet-Niboyet . ٨٤٧ .

(٤) ويلاحظ أن هذا العيب ناتج عن تطبيق الامتيازات لا عن الأخذ بقانون واحد هو قانون الجنسية فى الموارىث . وقارن Messina . ٢ . ٧١ — ٧٣ .

تكلم عنها الشارع في المادة ٤٠ م. م. عند ذكره المواريث ، اذ المواريث اما أن تكون بغير وصية أى شرعية ولقد بينت الآن أحكامها . واما أن تم وفقا لوصية المتوفى *succession testamentaire* فيؤخذ بأحكام هذه الوصية مادامت غير مخالفة للأحكام الواردة في قانون الأحوال الشخصية للموصى . وتقرر المادة ٥٥ م. ا. أن تراعى في أهلية الموصى لعمل الوصية وفي صيغتها *forme* الأحكام المقررة لذلك في الأحكام الشخصية المختصة بالملة التابع لها الموصى . وتقرر المادة ٧٨ م. م نفس الحكم مع الأخذ بقانون الأمة بدلا من قانون الملة ^(١) .

ويؤخذ بأحكام القانون الشخصى في الوصية سواء كانت منظمة لميراث المتوفى برمته أو ناقله للملكية جزء منها الى شخص أو الى أشخاص معينين ^(٢) . فالوصية بمال معين لا تعتبر تركة اذ لا تفتح التركة قبل تنفيذ الوصية .

٢٤٧ — ووفقا للأحكام الشرعية تصبح الوصية مشافهة . ولكن المشرع المصرى أدخل تعديلا على لأئحة ترتيب المحاكم الشرعية من مقتضاه أن لا تسمع دعوى الوصية الا اذا كانت حاصلة بعقد رسمى ، أو كانت كلها مكتوبة بيد المتوفى وممضاة منه ^(٣) . فلو تمت الوصية في غير هذين الشكاين فهي صحيحة دينيا مع ذلك ، ولكن القاضى لا يسمع الدعوى بشأنها . ولما كانت هذه النتيجة خطيرة فان أغلب الموصين الآن يقومون بتحرير وصاياهم عند القاضى الشرعى .

(١) انظر حكم محكمة الزقازيق ١٨ ديسمبر ١٩٣٠ محامة ١١ . ٨٤٩ . ومصر الابتدائية الأهلية ٢٤ يناير ١٩٣٢ محامة ١٣ . ٧٣٦ .

(٢) انظر ١١ يناير ١٩٢٧ م. م. ت. م. ٣٩ . ١٤٤ . وأول ديسمبر ١٩٣٢ م. م. ت. م. ٤٥ . ٤٨ . و ١٨ ابريل ١٩٣٣ م. م. ت. م. ٤٥ . ٢٤٢ .

(٣) انظر المادة ١٠٠ من لأئحة ترتيب المحاكم الفرعية المعدلة في ١٩١١ وحكم استئناف مصر أهلى ١٧ ديسمبر ١٩٢٣ . المجموعة الرسمية ٢٦ . ٤٦ . وحكم محكمة اسكندرية الابتدائية ١٣ يناير ١٩٣٠ محامة ١٣ . ٧٣٦ .

والحكم السابق خاص بالمسلمين . أما غير المسلمين من المصريين فيحررون وصاياهم طبقا للشكل المقرر عندهم . وقد وردت نصوص خاصة بذلك فى التشريعات التى أصدرها المشرع المصرى بشأن بعض الطوائف المالية . أما بالنسبة للأجانب فلمهم الحق فى عمل وصية طبقا للشكل المقرر فى جنسيتهم .

وذلك لا يمنع مطلقا من امكان عمل وصية طبقا للشكل المحلى ، اذ مثل هذه الوصية تكون صحيحة شكلا وفقا لقاعدة *Locus regit actum* . ولكن ماهو الشكل المحلى ؟ رأينا عند الكلام فى شكل الزواج مقدار اختلاف المحاكم بشأن تحديد الشكل المحلى . واذا رجعنا الى أحكام القضاء فيما يتعلق بشكل الوصية ، وجدنا أن البعض منها قد حكم بصحة الوصية الحاصلة أمام البطريركية الرومية الأرثوذكسية ولو أن الموصى يونانى ^(١) ، أى أن الشكل الدينى معتبر هنا كأنه الشكل المحلى بالنسبة للروم الأرثوذكس . فالقاعدة التى أوردتها المادة ٧٨ م . م . بشأن شكل الوصية قاعدة اختيارية وليست آمرة فتصح مخالفتها باتباع الشكل المحلى الذى يتغير اذن بتغير ديانة الموصى .

ولكن ما القول اذا كتب مسيحي وصية طبقا لأحد الشكلين الواردين فى لأئحة ترتيب المحاكم الشرعية ؟ نرى أن الوصية تكون صحيحة شكلا فى هذه الحالة ، لأن الشكل الذى أورده المشرع المصرى انما هو شكل وضعى مدنى لا علاقة له بالدين ، واتباع الأشخاص له انما يرجع الى رغبتهم فى الطمأنينة على صحة وصاياهم خصوصا اذا علمنا أن أغلب الطوائف غير الاسلامية لا تعرف لنفسها قانونا محمدا بعيدا عن الابهام . وكذلك يطبق نفس الحكم اذا كانت الوصية قد تمت من أجنبى من رعايا الدول الممتازة . فيمكننا القول اذن بأن كلا من الشكلين المذكورين فى لأئحة الترتيب الشرعية يعتبر شكلا محليا بالمعنى المفهوم فى القانون

(١) انظر ٢٢ مايو ١٩١٣ م . ت . م . ٣٥ . ٥٤٥ و ٢٣ مايو ١٩٢٥ م .

ت . م . ٣٧ . ٤٤٦ .

الدولى الخاص^(١) ، أى أن الوصية التى تتم وفقا لواحد منهما تعتبر صحيحة أمام أية محكمة كانت اذا ما أخذت هذه المحكمة بقاعدة *Locus regit actum* . وعلى أية الأحوال فالشكل المقرر فى قانون الجنسية صحيح وفقا للقانون المصرى وان خالف الشكل المقرر فى قانون موقع العقار الموصى به ولو كان هذا الشكل الأخير اجباريا^(٢) .

وللقناصل المصريين أن يستلموا على سبيل الأمانة من يد الموصى نفسه كل وصية رسمية أو مكتوبة بأكملها بخط الموصى ، وتحفظ فى ظرف مختوم فى محفوظات القنصلية ، ولا تسلم لأحد فى حياة الموصى الا للموصى نفسه . وتفتح الوصية بعد وفاة الموصى بناء على طلب ذوى الشأن ، ويصح للقنصل فتحها من تلقاء نفسه اذا لم يطلب ذوى الشأن ذلك فى ظرف ثلاثة شهور من تاريخ الوفاة^(٣) .

٢٤٨ — على أنه يلاحظ على النصوص المصرية أنها لم تذكر ما اذا كان قانون الموصى وقت الايضاء هو الواجب الاتباع أو قانونه وقت الوفاة ، فاذا فرض أن كان الموصى مصريا وقت الايضاء وفرنسيا وقت الوفاة فأى قانون هو الواجب الاتباع ؟ وكذلك اذا فرض أن كان الموصى مسيحيا وقت الايضاء ومسلما وقت الوفاة فأية شريعة هى الواجبة الاتباع ؟ هنا نجد سكوتا تاما فى النص . والواقع أننا نحار بين ثلاثة حلول ، الاول تطبيق قانون الموصى وقت الايضاء ، الثانى تطبيق قانون الموصى وقت الوفاة ، الثالث ، تطبيق القانونين معا ، بمعنى أن الوصية لا تكون صحيحة الا اذا استوفت الشروط المقررة فى القانونين معا .

(١) قارن ما ذكرناه فى مؤلفنا ٢٤٥ هامش (١) .

(٢) قارن أبوهيف بك . ٥٣٨ وما ذكرناه فى مؤلفنا آتيا . ١٥٦ و Weiss المختصر

. ٥٨٣

(٣) انظر المادة ٢٠ من قانون القنصليات الصادر فى ٥ أغسطس ١٩٢٥ .

وهذا الحل الأخير أخذت به اتفاقات لاهاى ١٨٩٣ و ١٩٠٠^(١) . وعندنا أن الحل الثانى هو الجدير بالاتباع لأن الوصية تصرف مضاف الى ما بعد الموت ، فأهلية الموصى بشأنها يجب أن تتحدد وفقا لقانونه الشخصى الأخير الذى يحكم ميراثه ، ، الا اذا أحال هذا الأخير على القانون الأول^(٢) .

وكذلك يلاحظ على النصوص المصرية أنها لم تعالج كل نواحي الوصية واكتفت فقط بذكر أهلية الموصى وصيغة الوصية ، أما ما عدا ذلك فقد سكنت عنه سكوتا تاما ، فلأى قانون يرجع فى تحديد أهلية الموصى اليه ومتى يعتبر رضاؤه صحيحا فى قبول الوصية ؟ وأى قانون يحكم الآثار المترتبة على الوصية ومدى الالتزامات التى يمكن أن يتحمل بها الموصى اليه وفقا لبعض التشريعات ؟ وكذلك هل يصح الرجوع فى الوصية ومتى يكون ذلك^(٣) ؟ كل هذه مسائل لم يرد بشأنها حل صريح فى القانون المصرى . وفى اعتقادنا أنه يجب إخضاعها لقانون الموصى لأن الموصى هو الطرف الأهم فى هذا التصرف^(٤) .

٢٤٩ — ولقد نصت المادة ٧٨ فقرة ثانية على أنه اذا فسخت الملكية بسبب ضرورة الاحتفاظ بقدر معين للورثة *légitime réserve* أو تجاوز المورث

(١) راجع Makarov . ٤٤١ — ٤٤٢ . وهذه المسألة أثارَت خلافاً كبيرة تبناها مقبلة فى رسالة André Tiran . السابق الإشارة إليها . ٧٥ — ٧٦ .

(٢) ويتبع المصراع الفرنسى حكما مخالفاً فى المادة ٩٠٤ اذ يشترط تحقيق الأهلية وقت الايضاء لا وقت الوفاة . وعندنا أنه يصبح اتباع قانون الموصى وقت الايضاء فقط بالنسبة للشكل لاعتبارات التسهيل . والرأى الذى نقول به أقره مشروع اتفاقية لاهاى . ١٩٢٨ . انظر Makarov . ٤٤٤ .

(٣) كذلك قد يقوم الخلاف حول ما يجوز الايضاء به وما لا يجوز من الحقوق ، وفى اعتقادنا أنه يجب الرجوع هنا الى قانون موقع الأموال لمعرفة الحقوق التى يمكن أن تترتب على هذه الأموال ، فلا يمكن عن طريق الايضاء الشاء حقوق لا يعترف بها قانون موقع المال . قارن حكم محكمة النقض المصرية ٢١ يونيه . ١٩٣٤ . مجلة القانون والاقتصاد السنة الرابعة ملحق ٧ . ٢٢٠ .

(٤) قارن ١٨ يناير ١٩٢٧ . م . ت . م . ٣٩٠ . ١٧٣ .

النصاب الجائز التبرع به *quotité disponible* فان ذلك لا يضر بالحائزين^(١) ولا بالدائنين المرتهنين . فهذه الفقرة اذن تورد حكما استثنائيا اقليميا لما قال به الشارع في المادة ٧٨ فقرة أولى ، اذ أننا لو اتبعنا بدقة حكم قانون الأحوال الشخصية الذى يقول بفسخ ملكية أحد الورثة أو الموصى اليه أو الموهوب له مع الزامه بأن يرد للتركة ما يلزم لتكملة نصيب الوارث ، فان ذلك كان يستدعى انهيار كل الحقوق العينية التى يكون هذا الشخص قد رتبها على العين قبل ردها ، وفي هذا اضرار كبير بمصالح من ترتبت لهم هذه الحقوق اذا كانوا حسنى النية ، ولذلك حمى المشرع المختلط وفقا لخطة المعهودة .

ولقد راقى هذه الحماية في نظر المشرع الأهلى فأصدر قانونا في صيف سنة ١٩٣٣^(٢) معدلا للمادة ٥٥ م . ا . فحوت نفس الاستثناء .

٢٥٠ — وأوجه النظر في النهاية الى أن أسباب الاستثناء لم ترد على سبيل الحصر على ما هو ظاهر في قول المشرع « أو نحو ذلك » ، وهذا ما سارت عليه المحاكم المختلطة^(٣) .

٢٥١ — ولما عرضت مسألة وصايا المسيحيين على محكمة النقض المصرية^(٤) فصحت فيها بضرورة الرجوع الى نظام تركات العيسويين الذى صدر به الأمر السلطانى فى المحرر السامى الصادر بتاريخ ٧ صفر ١٢٧٨ (الموافق ١٤ أغسطس ١٨٦١) . وقد أشير الى نظامنامه التركات فى المحرر السامى المبلغ من المعية السنية بمصر لنظارة الخارجية المصرية والمبلغ منها لمحافظة مصر فى ٢٧

(١) *Créanciers Hypothécaires* و *tiers acquéreurs* .

(٢) وهو القانون رقم ٧٩ وخوى الفقرة كالاتى « أما الأحكام المتعلقة بفسخ الملكية فى الأموال الثابتة بسبب تجاوز النصاب الموعى أو عدم ابقاء القدر المقروض شرعا أو نحو ذلك فلا تضر بحقوق من انتقلت اليهم الملكية ولا بحقوق الدائنين المرتهنين الحسنى النية » .

(٣) انظر مجموعة بسطوروس تحت المادة ٧٨ وحكم ١٢ مارس ١٩١٨ م . ت . م . ٣٠ . ٢٧٥ و ٢٥٠ ابريل ١٩١٦ م . ت . م . ١٨٠ . ٢٠٧ .

(٤) حكم ٢١ يونيه ١٩٣٤ السابق الاشارة اليه .

ربيع الآخر ١٢٨٢ . ويؤخذ من هذا النظام . أولاً : ان الوصية لا تعتبر الا اذا كانت لا تزيد على ثلث التركة . ثانياً : ان كل تركة فيها قصر يكون حصر نصيب القصر فيها على مقتضى أحوال الشريعة الاسلامية ، أى على قاعدة أن للورثة ما فضل بعد البداءات من نفقة تجهيز ودفن ومن دين وبعد الوصية التي لا يجوز أن تزيد على ثلث الباقي من المال .

وبما قرره محكمة النقض عن طريق الاستنتاج من النظام السالف ^(١) أن الوصية لو ارث لا تجوز عند غير المسلمين الا بما أجازته الورثة ، وأنه يجب اتباع الحكم الشرعى فى هذا الشأن ، لأن هذه المسألة مالية بحته بعيدة عن الدين ، ويجب أن يكون التشريع فيها عاماً بغض النظر عن اختلاف الأديان . وأهم ما استندت عليه المحكمة تدليلاً على صحة استنتاجها نص المادتين ٢٥٤ و ٢٥٥ م . ا . ومقتضاهما أن بيع المريض لوارثه موقوف على اجازة الورثة وذلك لكونه ملحقاً بالوصية ، وهذا الحكم عام بالنسبة للمسلمين وغيرهم .

وخلاصة ما تقدم أن نظام التركات السابق بالنسبة لغير المسلمين أصبح جزءاً لا يتجزأ من نظم أحوالهم الشخصية ، ولهذا يجب تفسير الإشارة الى قوانين الملة الواردة فى المادة ٥٥ م . ا . باعتبار أن الأوامر التشريعية السالفة جزء منها . أو بعبارة أخرى يجب الأخذ بالأحكام الشرعية المقررة بالنسبة لوصايا غير المسلمين . والغريب فى النتيجة التى وصل اليها حكم محكمة النقض أن وصية غير

(١) وقد وردت بالحكم جملة أدلة أخرى . وجدير بالذكر هنا أن المحكمة قد دلت فى حكمها على خطأ شائع آتى فى بعض قوانين الطوائف بشأن ترجمة اصطلاح *succession ab intestat* بعبارة « الموارث الحالية عن الوصية » وقد يفهم من ذلك أنه اذا توفى الشخص تاركاً وصية بجزء من أمواله فإن المحاكم الشرعية يجب أن لا تختص ، والواقع يخالف ذلك لأنها تختص دائماً بتوزيع التركات التى لم تنظم برمتها بوصية ، فان وجدت أطلق عليها بالفرنسية عبارة *succession testamentaire* أى الموارث الآتية بطريق الوصية ، وعكسها « الموارث الشرعية » وتعتبر كذلك حتى لو وجدت وصية بشأن جزء من *legs* التركة . قارن ما قلناه هنا بما ورد فى الحكم ، المرجع السابق . ٢٢٦ .

المسلمين تخضع للأحكام الشرعية الإسلامية مع أن الاختصاص بشأنها ما زال من اختصاص المجالس الطائفية التي يجب عليها أن تطبق الأحكام السالفة للحكم في صحة الوصية ، ولو كانت هذه الأحكام مخالفة لما هو وارد في شرائعها الخاصة إذ تعتبر شرائعها منسوخة بما ورد في الأوامر السامية السابقة . وهكذا يمكن أن تعتبر هذه الحالة استثناء من التلازم بين الاختصاص والقانون في جهة قضائية دينية . وهذا من الوجهة النظرية أما عملاً فإن النزاع في الوصية يكون مسبوقاً عادة بالنزاع في الميراث وهو عند الاختلاف من اختصاص المحاكم الشرعية .

٢٥٢ — ومن المسائل الخاضعة للقانون الشخصي بموجب قواعد تنازع القوانين المصرية الوصاية والقوامة . والمراد بالقانون الشخصي هنا قانون جنسية^(١) القاصر أو المحجور عليه حتى ولو كان الوصي أو القيم من جنسية أخرى^(٢) ، وإن كانت النصوص التشريعية لم تفصح عن ذلك صراحة . هذا بالنسبة للأجانب ، أما بالنسبة للمصريين فإن القانون الواجب اتباعه هو قانون الديانة . ولقد أشرت فيما مضى إلى أن اختصاص المجالس الحسبية في هذه المسائل اختصاص شامل لكل المتوطنين في مصر من غير الأجانب أصحاب الامتيازات^(٣) . ولا شك أن الأخذ بأحكام القوانين الأجنبية فيما يتعلق بالحجر قد يضر في بعض الأحيان بالمواطنين ، الذين قد يجهلون وجود حكم بالحجر فيتعاقدون وهم حسنى النية ثم

(١) ولا نزاع في تطبيق القانون الشخصي في مسائل الولاية والسلطة والأبوية ، ولكن في هذه الحالة يرجع إلى قانون الأب . انظر ٩ ديسمبر ١٩٠٩ . م . ت . ٢٢ . ٣٠ و ٢٢ فبراير ١٩١٢ . م . ت . م . ٢٤ . ١٥٦ . وحكمت المحاكم المختلطة أن تغيير الأب لجنسيته لا يؤثر في سلطته الأبوية ٢٠ يونيو ١٩٠٧ . م . ت . م . ١٩٠ . ٢٨٧ .

(٢) انظر Weiss . ٣ . ٣٤٦ — ٤٠٦ . و Pillt-Niboyet . ٧٧٩ — ٧٨٨ و Makarov . ٤٢٦ و رسالة G. Lafon المعنونة 1912 « La tutelle des mineurs en D.I.P. » .

(٣) فاختصاص المجالس الحسبية بالنسبة للمصريين لا يتقيد بالتوطن ، بل أساسه الجنسية ولا عبرة باختلاف الدين أو التوطن في الخارج . أما بالنسبة للأجانب غير المتأخرين فإن اختصاص هذه المجالس يمتد إليهم إذا كانوا متوطنين فعلاً في مصر . انظر بسطوروس . ٢ . ٣٢٦ وما بعدها وكذلك بحث المرحوم زميلنا السابق الدكتور محمد كامل الغمراوي : « أحكام الوصي » المنشور في مجلة القانون والاقتصاد . السنة الرابعة . ٤ . ٣١٦ .

يفاجئون ببطلان التصرفات بعد ذلك ، خصوصا أن أحكام الحجر تنشر عادة حتى تكون معلومة للكافة ، فكيف يكون ذلك ان كانت قد صدرت في بلد أجنبي^(١) ؟ !

ومن الملاحظ أن تأليف هذه المجالس يسمح بادخال عضو من الملة التابع لها الشخص اذا كان القاصر منتسبا الى طائفة من الطوائف غير الاسلامية فيحل محل القاضي الشرعى الذى يجلس عند النظر في مسائل المسلمين^(٢) . فيستفاد اذن من تأليف هذه المجالس أنها تراعى الاختلافات الدينية في اصدار أحكامها فهى لا تطبق باستمرار الشريعة الاسلامية ، ولا مانع عندنا من أن تطبق قوانين أجنبية^(٣) اذا كانت المسألة متعلقة بأجنبي تابع لدولة غير ممتازة ، اذ لا تلازم هنا

(١) انظر ١١ مايو ١٨٨٢ المشار في مجموعة بسطوروس . ٢ . ٣٢٩ . وبالنسبة للصيرين قرار وزير الحفانية الصادر في ١٣ فبراير ١٩٢٦ بشأن تسجيل قرارات الحجر في مجلس حسي القاهرة . وقانون حكم ٩ مايو ١٩٢٨ . م . ت . م . ٤٠ . ٣٤٨ .

(٢) وتتألف المجالس من ثلاثة أعضاء . القاضي الأهلى رئيسا ، وعضو الأعيان ، وعضو الملة الذى يغير باختلاف الدين (قانون ١٣ اكتوبر ١٩٢٥) . وقد اعتبر هذا القانون أن سن الرشد بالنسبة للصيرين جميعا ٢١ عاما ، تحسب وفقا للتقويم الهجرى .

(٣) وهذا هو الرأى المتبع عملا وقالت به المحاكم المختلطة . انظر ٩ يناير ١٩٣٠ . م . ت . م . ٤٢ . ١٦٥ و ٧ مارس ١٩٢٣ . م . ت . م . ٣٥ . ٢٧٣ و ٢٤ نوفمبر ١٩٢١ . م . ت . م . ٣٤ . ١٩ . ومؤلف الأستاذ الزينى ٢٠٣ — ٢٠٥ ويلاحظ الأستاذ أن اختصاص المجالس الحسبية أغلبه ادارى فلا تسنح لها الفرصة في تطبيق قوانين أجنبية موضوعية الا قليلا . ولكن لا يغب عن الذهن أن هذا الاختصاص الادارى يقوم فى الواقع على ضرورة تطبيق قوانين موضوعية ، فكيف يمكن للمجلس أن يفاضل في تعيين الأوصياء وكيف تتحدد السلطة التى يتمتع بها الوصى ؟ كل هذه مسائل يجب الرجوع فيها الى قانون القاصر ، فاذا كان أجنبيا تابعا لاحدى الدول غير الممتازة ولكنه متوطن في مصر فان المجلس ترجع الى قانونه الشخصى . هذا وإن جعل هذا الصنف من الأجانب خاضعا لاختصاص المجالس الحسبية يقصد به حماية مصالحهم المالية ، اذ لا توجد في البلاد هيئة أخرى يمكن الرجوع اليها لتحقيق هذا الغرض ، ولا ننسى هذه الاشارة الى احتمال تدخل الهيئة الفنزلية بالنسبة للتركة والمحافظة عليها . ولكن ماذا يجب عمله من حيث تأليف المجلس الحسي عند نظره في مسألة متعلقة بهؤلاء الأجانب ؟ اتنا لا نرى في هذه الحالة وجوب تغيير القاضي الشرعى بعضو الملة =

بين الاختصاص والقانون ، لأن المجالس الحسبية ليست هيآت دينية ، فالعنصر الزمني فيها غالب بشكل واضح ، ومن الغريب أن المشرع قد سكت عن ذكر القانون الذي تطبقه هذه المجالس حتى أثار الشكوك حوله^(١) .

٢٥٣ — وفي النهاية فانه من المقرر وفقا لبعض التشريعات الأجنبية جواز تنظيم الوصاية أو القوامة وفقا لقانون محل إقامة ناقص الأهلية ، وذلك حماية له الى أن تتدخل السلطة المختصة وفقا لقانون جنسيته . فيصبح بناء على ذلك اتخاذ اجراءات للمحافظة على أموال القاصر ، أو جواز الترخيص باستثمار الأشجار وبيع البضائع التي كان يملكها الوالد المتوفى . ومن هذه التشريعات التشريع الألماني في المادة ٢٣ من مقدمته^(٢) .

وتعترف التشريعات عادة بسلطان الوصي على أموال القاصر وفقا لقانونه الشخصي ، أيا كان موقع هذه الأموال ، وذلك ماعدا التشريعات الانجلو أمريكية التي تقيده بقيود كثيرة^(٣) .

٢٥٤ — ومن المسائل التي تخضع للقانون الشخصي الهبة ، ولكن مع ذلك يجب مراعاة الأحكام التي أوردتها المشرع في نصوصه المدنية وأهمها المواد ٤٨ — ٧٠/٥٣ — ٧٦ م . ا . م . وهذه الأحكام متعلقة بانعقاد الهبة ، وتأثيرها في حقوق الغير . أما غير ذلك من المسائل التي يثيرها عقد الهبة فلا نص بشأنها . وعلى أية حال فان مسألة أهلية الواهب أو قبول الهبة فيرجع فيهما

= التي ينتسب اليها هذا الأجنبي .

على أننا نرى أنه اذا عين المجلس الحسي وصيا لأجنبي غير ممتاز قاصر ثم تعين وصي آخر من السلطة المختصة في بلده الأصلي فان الوصي الأخير هو المعتمد اذ الأول مؤقت الى حين تعيين الوصي بمعرفة جهة الاختصاص الأصلية (انظر مؤلفنا بند ٢٥١) .

(١) انظر الأستاذ الزيني . المرجع السابق .

(٢) انظر Makarov . ٤٢٧ .

(٣) انظر مؤلفنا . ١٢٦ و Makarov . ٤٢٨ وقارن اتفاقية لاهاي ١٩٠٢ وكذلك اتفاقية ١٩٠٥ .

دائماً الى القانون الشخصى وفقاً لنص المادة ١٣٠/١٩٠ م. ا. م. (١) ولا يثير تطبيق هذا النص أية صعوبة اذا كان كلا من الواهب والموهوب له متجدي الجنسية، أما عند اختلاف الجنسية فالمسألة لا تخلو من الصعوبة. وفي اعتقادنا أنه يجب الرجوع هنا الى القانون الشخصى لكل من الواهب والموهوب له لأن رضا كل منهما لازم لتكون العقد. وهناك مسائل أخرى لم تتعرض لها النصوص التشريعية لا صراحة ولا ضمناً، ومنها مسألة الوقوف على ما تجوز هبته، وهل يرجع هنا لقوانين الأحوال الشخصية أو الى قوانين الأحوال العينية. ولقد أثارت المسألة بشأن هبة المشاع وتسليمه، فمن الأحكام مالا يستلزم ضرورة قسمة الموهوب المشاع (٢) ومنها ما يقول بعكس ذلك. ومن جهة أخرى فان مسألة الرجوع في الهبة، ومتى يتقرر ذلك، تثير اشكالات كثيرة، اذ من المعلوم أن أغلب التشريعات تقيد الرجوع عند اباحته بشروط معينة (٣)، فهل أباح هنا المشرع المصرى الرجوع الى أحكام قوانين الأحوال الشخصية؟ هذا هو ما نقول به (٤) نظراً لسكوت المشرع عن ايراد حكم موضوعى فى هذا الصدد، ولا خوف هنا على حقوق الغير لأن حصول التصرف وفقاً للشريعة الاسلامية مانع من الرجوع، ولأن الغير الذى يشتري عليه أن يتأكد، متى علم أن سبب ملكية البائع هو

(١) ٥ ديسمبر ١٩٠١ م. ت. م. ١٤. ٣٦ و ٢٣ ديسمبر ١٩٠٢ م. ت. م. ١٥. ٧٢ و ١٢ ديسمبر ١٩١٨ م. ت. م. ٣١. ٦٨ وانظر مع ذلك نص المادة ١٦ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية.

(٢) ٢٣ مارس ١٩٢٦ م. ت. م. ٣٨. ٣٠٢ وعكس ذلك ٢٤ فبراير ١٩٢٠ م. ت. م. ٣٢. ٣٧٧.

(٣) ٨ يناير ١٩٢٤ م. ت. م. ٣٦. ١١٧ و ١٥ يونيو ١٩٢٦ م. ت. م. ٣٨. ٤٧٧ و ٢٩ يناير ١٩٢٤ م. ت. م. ٣٦. ١٨١ وانظر Bartin. ٢. ٨٣ وكامل مرسى بك « الملكية والحقوق العينية » الجزء الثانى. ٤٠٤ وما بعدها. وعلى الأخص ٤٦٤ و ٤٧٥ و ٤٨٠.

(٤) انظر مؤلف أبى هيف بك. ٥٤١.

الهبة ، من أسباب الرجوع وجوازه وعدم جوازه . هذا علاوة على أنه ليس من المشكوك فيه مطلقا وجوب اخضاع الهبة لحكم قوانين الأحوال الشخصية على الأقل في بعض ما يتعلق بها والا أصبحت عبارة الهبة الواردة ضمن المادة ١٦ من لأئحة ترتيب المحاكم الأهلية عاطلة عن أى معنى ^(١) .

وجدير بالذكر هنا أن الشكل المقرر في المادة ٤٨/٧٠ م . ا . م . متعلق بالانعقاد اذ يقصد به حماية الواهب لتوجيه نظره الى جسامته العمل الذى يقدم عليه ، وهو تجرده عن بعض أمواله دون مقابل ^(٢) ، وعلى ذلك فان لهذا النص أثرا خارج الاقليم ، بمعنى أن المصرى لا يصح له أن يهب أمواله ولو كان موجودا في الخارج الا في الشكل الرسمى وان كان قانون محل الهبة ^(٣) يميز تمامها بعقد عرقى . ومن الجهة الأخرى فان نص المادة ٧٠ م . م . سار على جميع المتوطنين في مصر أجنبيا ومصريين ولو خالف المقرر في قوانين أحوالهم الشخصية ، فلا تصح الهبة حتى بين متحدى الجنسية اذا كان موضوعها عقارا الا في الشكل المقرر في التشريع المختلط .

٢٥٥ - ولم يأت ذكر ، في النصوص التشريعية كلها ، للمفقود ، اذا كان أجنبيا . ومن المتفق عليه أن المسائل المتعلقة بالمفقود داخلة في نطاق الأحوال الشخصية ، ومن ثم تخضع لحكم قانون الجنسية ، وفي مصر لاختصاص المحاكم القنصلية . هذا اذا كان المفقود من رعايا احدى الدول صاحبات الامتياز ، أما اذا كان غير ممتاز فللقنصلية التابع لها القيام بالاجراءات التحفظية للمحافظة على تركته . ولكن بجانب هذه الاجراءات توجد مسائل أخرى جديرة بالنظر ، أهمها توزيع تركته هذا المفقود ، وتسوية علاقته ومعاملاته مع الغير ، كما لا تنسى صالح الجماعة التى يعيش بينها اذ يهملها ولا شك استغلال أمواله . فاذا

(١) فارن فتحى باشا زغلول « شرح القانون المدنى » . ٨٢ .

(٢) كامل مرسى بك « الملكية والحقوق العينية » . ٢ . ٣٧٧ .

(٣) ونفس الحكم متبع في التشريع الفرنسى فارن Pillet-Niboyet . نبذة ٣٧٥ وخلاف القضاء الفرنسى في هذا الشأن . ولنا عودة الى هذا الموضوع .

أثيرت مسألة من هذه المسائل أمام القضاء الأهلي أو المختلط بطريقة فرعية فليس عليهما سوى تطبيق القانون الشخصى للمفقود ، وذلك بالقياس على مسائل المواريث من جهة أخرى . وهذا هو الحل المتبع في فرنسا^(١) مع ضرورة مراعاة مقتضيات النظام العام التى يوصى بها تشريع البلد الذى يتوطن فيه المفقود .

٢٥٦ — ويحكم القانون الشخصى باعتبار أنه قانون الجنسية ، الالتزامات التعاقدية عند عدم الافصاح صراحة في الاتفاق عن القانون الواجب الرجوع اليه عند المنازعة . فاتحاد جنسية الطرفين قرينة على اختيارهما قانون جنسيتهما . فتطبيق قانون الجنسية هنا أساسه الارادة الضمنية للمتعاقدين ، ويلاحظ أنه اذا كان المتعاقدان مصريين فالقانون الأهلي هو قانونهما الشخصى الذى يحكم عقدهما . فاصطلاح القانون الشخصى هنا لا ينصرف فقط الى العلائق المتعلقة بشخص الانسان وانما ينصرف أيضا الى علائقه المالية ، وبالنسبة لهذا النوع من العلائق فان القانون واحد بالنسبة للمصريين ، فيكون المقصود تطبيق القانون الأهلي^(٢) .

٢٥٧ — وهناك رأى يقول بتطبيق القانون الشخصى على الالتزامات شبه التعاقدية باعتبار أن للارادة دخلا في نشوئها ، ومن ثم تخضع لقانون ارادة المتعاقدين سواء حصل الاختيار صراحة أو ضمنا ، واتحاد الجنسية دليل على اختيار قانونهما بطريقة ضمنية^(٣) .

٢٥٨ — ومن الجهة الأخرى فان القانون الشخصى باعتباره قانون

(١) انظر Weiss المختصر ٤٢٩ — ٤٣٢ وقارن ٣ يناير ١٩٢٨ م . ت . م . ٤٠ . ١١٦ . وكذلك مؤلف السهورى « النظرية العامة للالتزامات » . ١ . ٣٤٣ .

(٢) انظر Messina . ٢ . ٦٠ وما بعدها و ٢٤ مايو ١٩٠١ . ١٣ . ٣٢٧ والمادة الخامسة من التشريع اليابانى الصادر في ١٨٨٠ وكذلك المادة التاسعة من التشريع الايطالى اذ أشار التشريعتان الى اتحاد الجنسية كقرينة قانونية على اختيار هذا القانون . وكذلك قرارات المعهد الدولى . في مجلده ٨ . ١٩ . ٢٨٩ .

(٣) انظر Messina . ٢ . ٦٨ والمراجع التى أشار اليها .

الجنسية كما قدمنا يحكم أيضا عيوب الرضا . وقد قررنا فيما مضى أن هذا القانون هو الذى يحكم أهلية التصرف على اختلاف أنواعها ، ومن المعلوم أن الرضا هو مظهر الأهلية عند استعمالها فى التصرفات فلا بد إذن من حماية هذا الرضا ، وأجدر قانون بحمايته هو القانون الشخصى الذى يحكم الأهلية فى ذاتها . ولقد دافع عن هذا رأى الأستاذ Bartin^(١) ، والمسألة محل خلاف .

المبحث الثالث

فى

تطبيق القانون المحلى La Loi Locale

٢٥٩ — يراد باصطلاح القانون المحلى تلك الطائفة من القواعد القانونية التى تحكم الأشخاص متى وجدوا فى مكان معين ، وذلك من حيث شكل تصرفاتهم الخاصة ، أو أفعالهم الضارة ، أو مهنتهم منظمة من وجهة القانون الخاص^(٢) . وظاهر أن هذا التعريف اصطلاحى ، اذ أول ما يتبادر الى الذهن أن يقصد بالقانون المحلى ، القانون الذى يسود فى داخل حدود دولة معينة ، وعلى هذا الأساس يعتبر القانون الاقليمى loi territoriale قانونا محليا ، ولكن مع ذلك من المتفق عليه ، أنه يقصد بالقانون الاقليمى قانون موقع المال منقولا كان أو عقارا ، ماديا كان أو معنويا ، لأن للأموال المعنوية موقعا هو فى العادة موطن المدين ، أو المتوفى على حسب الأحوال^(٣) . فالقانون الاقليمى هو ذلك القانون الذى يحكم نظام الأموال .

(١) انظر مؤلفه ٧٤ . ١ و ٨٩ . ٢ — ١١٢ وسنعود الى بحث هذه المسألة فيما بعد .
ويظهر أن المحاكم المختلطة تميل الى هذا رأى . ٢٣ مارس ١٩٢٦ م . ت . م . ٣٨ .
٣٠٢ و ١٣ مارس ١٩٢٨ م . ت . م . ٤٠ . ٢٢٤ .

(٢) قارن هذا التعريف بما أورده الأستاذ Bartin . ٢ . ٣٨٧ .

(٣) انظر Bartin . ٢ . ٣٨٩ — ٣٩٠ .

وأساس تطبيق القانون المحلى أن الدولة كما تلتزم بتأمين حياة الأفراد التابعين لها ، وبتسهيل معاملاتهم المالية والعائلية ، وبتنظيم مجهوداتهم في أعمالهم وحرفهم ، كذلك تتحمل بنفس هذه الالتزامات بالنسبة للأجانب متى مروا أو أقاموا بأراضيها ، فعليها أن تؤمن لهم اقامتهم وأن تسهل عليهم التعامل والتعاقد وفقا للأشكال المحلية ، وأن تنظم نشاطهم في حرفهم أسوة بالمواطنين . ومن المقرر عليه أن بعض هذه الالتزامات بالنسبة للأجانب لا يقل كثيرا عما هو عليه بالنسبة للوطنيين^(١) ، ولا يمكن للدولة تحقيق كل هذه الالتزامات وتنفيذها الا اذا كانت قوانينها المحلية سائدة في اقليمها بالنسبة للأشخاص الذين يوجدون فيها ، والا اذا كان معترفا بهذه السيادة في الخارج من محاكم الدول الأخرى .

٢٦٠ — ولقد قابلنا اصطلاح القانون المحلى عند الكلام في المواريث ورأينا أنه يقصد به هنالك القانون الذى ينظم حالة الأموال الموقوفة متى كانت عقارات مبنية^(٢) ولو اتبعنا التسمية الحقيقية المتفق عليها في أوروبا وجب علينا أن نسمى هذا القانون بالقانون الاقليمى لأنه قانون موقع العقار .

٢٦١ — ويتبين من البيانات السابقة أن القانون المحلى ينطبق في حالات ثلاث : أولا . أشكال التصرفات القانونية ، ثانيا . في المسئولية الناشئة عن أفعال ، ثالثا . في قواعد القانون الخاص المنظمة لبعض المهن ، وسنبحثها على التوالى .

١ — أشكال التصرفات القانونية

٢٦٢ — مبنى التصرفات القانونية ، كما هو معلوم ، الارادة . ومن اللازم اظهار هذه الأخيرة في شكل ما حتى تصبح معلنة لدى الجميع أو على الأقل

(١) ومن المقرر الآن أن حق الدولة في الابداد ليس مطلقا . انظر بحث De Boeck .
مجلة أكاديمية لاهاى . ١٩٢٨ .

(٢) لأن المراد هنا « عقد الايجارتين » أى توريث الحق الناشئ عند هذا العقد .

لدى من يسمى فى الاصطلاح القانونى بالغير tiers . فيجب التمييز اذن بين موضوع الارادة والشكل الذى تظهر فيه . فاذا كان التصرف القانونى عقدا ، فان المتعاقدين قد يرتبان حقوقا أو واجبات لمصلحة واحد منهما أو لمصلحة كل منهما ، فلا يكفى أحيانا مجرد اظهار رغبتهما فى ذلك مشافهة ، بل يستلزم المشرع ضرورة استيفاء بعض الشكليات ، اما لاثبات العقد ، واما لحجيته فى نظر الغير ، واما لاسداء النصح لأحد العاقدين ^(١) . والمراد الآن هو معرفة القانون الذى يحكم شكل التصرفات القانونية ، أى كيفية اظهار الارادة . وأول ما يتبادر الى الذهن هو تطبيق قانون جنسية المتعاقدين خصوصا اذا اتحدت جنسيتهما ، وهذا ما يحصل غالبا فى مصر ، فقد رأينا عند الكلام فى علائق الأحوال الشخصية أن شكل الزواج وما يتعلق به من التصرفات يعتبر صحيحا اذا تم وفقا لقانون جنسية المتعاقدين ، ومع ذلك فقد رأينا أن المحاكم المختلطة قد اعتمدت الشكل المحلى على خلاف فى معناه . واعتمادها الشكل المحلى يرجع أحيانا الى أخذها بالقاعدة المعروفة باسم Locus ^(٢) . ومقتضى الأخذ بهذه القاعدة أن التصرف يعتبر صحيحا اذا تم وفقا للشكل المعتبر فى قانون الجهة التى حصل فيها ^(٣) . ويفيد ذلك أن القاعدة ذات شقين بالنسبة لنطاقها ، اذ أن جهة التصرف كما يصح أن تكون ضمن اقليم

(١) انظر Bartin . ٢ . ٤٣٧ و Arminjon . ٢ . ١٠٣ .

(٢) راجع ٧ مارس . ١٩١٧ . م . ت . م . ٢٩ و ٢٧٣ و ١١ مايو ١٩٢٧ . م . ت . م . ٣٩ . ٤٦٧ .

(٣) وظاهر أن هذه القاعدة ترمى الى الفصل بين شكل التصرف وموضوعه . فالموضوع محكوم بقانون ، والشكل محكوم بآخر ، ولا مانع من اتحادهما فى بعض الأحوال عن طريق الصدفة . ومن الكتاب من لا يوافق على هذا الفصل بل يخضع شكل التصرف لنفس القانون الذى يحكم موضوعه ، وقال بذلك Bar فى منتصف القرن التاسع عشر . ١ . ٣٣٧ — ٣٦٩ و انتهى الى نفس النتيجة بتحليل آخر الكاتب الألمانى الحديث Frankenstein . ١ . ٥١٨ — ٥٦٥ .

دولة معينة يصح أيضا أن تكون في الخارج^(١). وإذا ترجمنا هذه القاعدة الى العربية حرفا بحرف كان مؤداها أوسع من ذلك بكثير، لأنها تقر أن المكان أو بعبارة أخرى قانون المكان يحكم التصرف *actum*. ولكن من المتفق عليه منذ زمن قديم أن المراد بكلمة تصرف هنا هو شكل التصرفات *forme des actes*. والقاعدة مبهمة في لفظها، ولذلك يصعب تحديد مداها. ولم تورط المحاكم نفسها في وضعها وتقريرها بشكل عام شامل، بل أخذت بها بالنسبة لبعض التصرفات. ولما كان مبنى هذه القاعدة العادة كان طبيعيا أن تكون بعيدة عن الدقة.

٣٦٣ — وقد قلنا فيما مضى أنه لم يرد بشأن هذه القاعدة نص خاص في التشريع المصري يقرها صراحة^(٢)، بخلاف التشريع الفرنسي الذي أورد بعض تطبيقات لها في نصوص مبعثرة، وهي المواد ٤٧، ١٧٠، ٩٩٩، ٢٢٢٨. ولقد كان من المزمع عند تحضير قانون نابليون وضع نص صريح بشأنها، ولكن عدل عن ذلك في نهاية الأمر خوفا من الوقوع في اللبس والغموض بشأن تحديد مدى هذه القاعدة وطبيعتها، ورؤى أنه من الأوفق ترك أمر ذلك للفقهاء والمحاكم.

وإذا تأملنا في القوانين التي يمكن أن تتنازع حكم شكل التصرف وجدنا أنها لا تقل عن أربعة، فهناك قانون محل إبرام التصرف، وقانون الجنسية، وقانون بلد التنفيذ، وأخيرا القانون الذي يحكم التصرف من حيث الموضوع. وتغلب أكثرية التشريعات، وكذلك المحاكم قانون محل حصول التصرف لاعتبارات كثيرة سنبينها حالا.

(١) انظر بعده. تطبيق هذه القاعدة في مصر وأثر نظام الامتيازات فيها وكذلك Messina. ٢. ٨٤ وما بعدها. وعلى الأخص ٨٧.

(٢) وقد ورد النص بشأنها في بعض التشريعات الأجنبية كالتمريع الاسباني والأرجنتيني، والبرازيلي... الخ. انظر Makarov. ٢٤٨. ومؤلفنا. ١٥٨.

٢٦٤ — والواقع أن هذه القاعدة معروفة من قديم الزمان ، وترجع في تاريخها الى أقوال بارتول بمناسبة وصية Venise^(١) . ولقد انزوت من مجالات التطبيق العملي الى حد كبير أمام سيادة مبدأ عينية القوانين ، ولكنها عادت بعد ذلك الى الظهور من جديد ، حتى أصبحت اليوم مقرا عليها بصفة عالمية^(٢) ، فأخذت بها المحاكم المختلطة باطراد رغم عدم وجود نصوص بشأنها ، وذلك باعتبار أنها قاعدة تقليدية مبنية على العادات . وعلى ذلك تعتبر المحاكم المختلطة^(٣) التصرف صحيحا شكلا متى تم وفقا للشكل المقرر في قانون الجهة التي وقع في دائرتها .

٢٦٥ — وأساس^(٤) هذه القاعدة اعتبارات كثيرة ، فعلاوة على أنها قد أصبحت قاعدة تقليدية ، فإنها تركز على اعتبارات عملية أخرى ، اذ لا يمكن مطلقا التشدد مع الأشخاص الموجودين خارج بلادهم واجبارهم على اتباع الشكل المقرر في قانون جنسيتهم ، اذ من المحتمل أنه قد يصعب عليهم الوقوف عليه بالدقة ، أو اذا وقفوا عليه قد يتعذر عليهم استيفائه في البلد الأجنبي لسبب ما ، وفوق هذا وذاك يحصل أحيانا أنه لا يعتبر المشرع الأجنبي الشكل المقرر في قانون جنسية المتعاقدين ، فيجب اذن اتباع الشكل المحلي . فاعتبارات التسهيل

(١) ولكن كان من الصعب دائما الوقوف على مداها ، وهل تشمل التصرفات الداخلة في نطاق القانون الخاص كما تشمل التصرفات الداخلة في نطاق القانون العام ، وهل تسري على التصرفات بين الأحياء أو بسبب الوفاة ؟ فلم توضع قاعدة عامة بل قال أصحاب نظرية الأحوال يبحث كل حالة على حدة لمعرفة اذا كان الشكل شخصيا أو اقليميا . انظر Arminjon ١٠٤ . ٢ .

(٢) انظر التطور التاريخي للقاعدة في فرنسا . دروس Lévy-Ullmann ١٩٣٥ . ١٤٥ .

(٣) ٢٩ مارس ١٨٩٤ . م . ت . م . ٦٠ ٢٣٢ .

(٤) انظر Pillet-Niboyet ٦٥٦ و Lainé ٣١٣ . ٢ — ٣١٤ ومقال Arminjon المنشور في مجلة القانون الدولي الخاص . ١٩٢٥ . ٤٩٨ ورسالة Edouard Silz المعنونة « Du Domaine d'application de la règle L.R.A. » باريس ١٩٣٣ الطبعة الثانية . ٥٢ و ٣٦٩ . ومؤلف أبي هيف بك . ٣٥٥ .

لما دخل كبير في الأخذ بالقاعدة . ومع ذلك فمن المقرر الآن في جميع بلاد العالم المتمدين أن تطبيق هذه القاعدة أساسه الحقيقي هو رغبة المشرع وذلك باعتبارها قاعدة من قواعد الاختصاص التشريعي المبنية على العادات . هذا من جهة ، ومن جهة أخرى فإن الأخذ بالشكل المحلي ، أو بعبارة أخرى بالقانون المحلي ، إنما يقصد به الاطمئنان على صحة التصرفات من حيث الشكل ، فقواعد القانون المحلي متعلقة هنا اذن بما يسمى بالأمن المدني *police civile* . ويوحى هذا الاعتبار الأخير الى القول بأن القاعدة اجبارية بخلاف الاعتبارات الأخرى فانها تفيد أن الأخذ بالقاعدة اختياري .

٢٦٦ — ولما كان الأخذ بالقانون المحلي في التصرفات القانونية مقصورا على الشكل فقط ، أى أنه يؤخذ بالنصوص القانونية المحلية المتعلقة بالشكل ، كان من اللازم تحديد معنى الشكل . فما هو الشكل ؟ تحديد معنى الشكل من الصعوبة بمكان . وقد أثار اختلافات كبيرة بين الكتاب من قديم الزمان . وسبق أن رأينا بعض هذه الصعوبات عند الكلام في نظرية التكيف ، ويرى Savigny أن الشكل هو مظهر الارادة الخارجى وفقا للأوضاع التى يقرها المشرع . فالنصوص القانونية المحلية المتعلقة بالعناصر الخارجية للتصرف هى التى يؤخذ بها لكي يكون الشكل صحيحا ^(١) . لأن هذه النصوص يقصد بها اظهار التصرف واثباته . ومن ثم يجب التمييز بين العملية القانونية *negotium* وأساسها الارادة وبين الوثيقة المثبتة لها *instrumentum* وأساسها استيفاء شرائط وأشكال معينة ، فالأولى يحكمها قانون الموضوع ، وأما الثانية فيحكمها القانون المحلي ، وترى هذه الأخيرة الى اعلان الأولى واثباتها . وقد يكون التصرف محتاجا لاظهاره لاجراءات أخرى خلاف الورقة المثبتة له ، كما هى الحال فى الزواج مثلا فى أغلب البلاد الأوروبية اذ يلزم اتباع بعض الاجراءات علاوة على وثيقة الزواج .

ولقد وضع العلامة Merlin تقسيما للأشكال تأثر به القضاء الفرنسى فى

(١) رسالة Silz . السابق الاشارة اليها ١٤ وما بعدها .

أحكامه ، ويتلخص فيما يأتي ^(١) : فرق الأستاذ بين أربعة أنواع من الأشكال (١) الأشكال المكتملة للأهلية *les formalités habilitantes* وقد رأينا لها مثلاً عند الكلام في أهلية التجار ، إذ يلزم في بعض الأحيان أخذ إذن بالتجار بالنسبة للقصر . ويخضع هذا النوع من الأشكال لقانون الجنسية أو الموطن ، لأنه متعلق بالأحوال الشخصية وهناك أمثلة أخرى مختلفة ، فالوصى في مصر لا يمكن أن يتصرف في عقارات ^(٢) إلا بعد أخذ إذن من المجلس الحسبي .. الخ (٢) الأشكال المتعلقة بذات التصرف *f. intensesques* ومدارها وجود السبب أو الموضوع أو الرضا ، وهي تخضع لحكم قانون ارادة المتعاقدين كما رأينا عند Dumoulin (٣) الأشكال الخارجية *f. extrinsèques* وهي التي تتعلق باظهار التصرف واثباته *ad probationem* وتخضع لقاعدة *Locus* ^(٣) (٤) الأشكال المتعلقة بالتنفيذ وتدخل فيها مسائل المرافعات ^(٤) والأحكام وتخضع لقانون بلد التنفيذ ، وذلك لأن التنفيذ الجبرى بعيد عن أن يتعلق بالارادة فالتصرف الحاصل قضائياً وليس قانونياً ^(٥) .

ورغم دقة هذه التقسيمات وصعوبة تحديدها بوضوح فإنه توجد مع ذلك

(١) انظر دروس Lévy-Ullmann . ١٩٣٥ . ١٤٨ .

(٢) ولكن ماذا يكون الحكم لو كان الفاعل موجوداً في فرنسا والفاصل ووصيه كذلك وعين هذا الأخير بمعرفة المحاكم الفرنسية ، فهل يتبع هنا حكم القانون الفرنسى أو القانون المصرى ؟ في اعتقادى أن الأفضلية للتشريع المصرى إلا اذا مست الحاجة الى الاسراع فيرجع الى التشريع المحلى اذا كان يستلزم اجراءات مماثلة لنظيراتها الواردة في التشريع المصرى كما أخذ إذن من المحكمة مثلاً وعندئذ يتبع . انظر مؤلفنا . ٢٨٤ هامش (٣) .

(٣) انظر رسالة Silz السابق الاشارة اليها . ١٠٣ وما بعدها . وذلك كوجوب أن يكتب العقد شخص معين وأن يشهد عليه عدد معين من الشهود ، وأن يكتب في وقت مخصوص . انظر Demogue, 1. N. 211.

(٤) رسالة Silz . ١١٨ وما بعدها و ١٧٨ وما بعدها .

(٥) قارن هذا التقسيم بما وضعه Pillet-Niboyet . ٦٥٤ و Pouillet . ٣٤٢ . و Laurent . ٢ . ٤٥٤ وبالنسبة لاجراءات التنفيذ رسالة Silz . ١٩٢ .

أشكال أخرى أهمها الأستاذ كالأشكال المتعلقة بعلانية التصرفات ^(١) وذلك كالتسجيل مثلا في مصر فمن المتفق عليه أنها تخضع للقانون الاقليمي وهو قانون موقع العقارات ، وكذلك رأينا في الأشكال المكلمة للأهلية أنه تحيط بها اجراءات ، وهذه الاجراءات تخضع للقانون المحلى وهو هنالك قانون القاضى على النحو الذى أوضحناه . وعلى العموم فان التفرقة بين الشكل والموضوع تدق فى بعض الأحيان ^(٢) ، وتشهد بذلك أحكام القضاء .

٣٦٧ — وقد يبدو نطاق تطبيق هذه القاعدة عاما وشاملا لكل التصرفات القانونية ، ولكن مع ذلك فالاستثنائات التى تعتمدها كثيرة مما يقلل من أهميتها بشكل ظاهر . وعلى العموم ، فان نطاقها مقصور على التصرفات الداخلة فى القانون الخاص ، واذا رجعنا الى أحكام المحاكم المختلطة وجدنا أحكاما كثيرة قد أخذت بها فيما يتعلق بشكل الأوراق التجارية ^(٣) وحوالة الديون ومسائل الأحوال الشخصية التى ذكرتها من قبل .

وأرى بهذه المناسبة أن أوجه الأنظار الى نص المادة ٦٨١ م . م وقد اشترط لوجود عقد الرهن الرسمى أن يكون قد تم فى أحد أقلام المحاكم المختلطة . ويستفاد من ذلك أن عقد الرهن الرسمى hypothèque المقود فى الخارج لا يكون صحيحا حتى ولو تم طبقا للشكل الرسمى الأجنبى ، وهذا استثناء يدخل على القاعدة . ولقد حصل التساؤل بعد صدور قانون القنصليات فى ٥ أغسطس ١٩٢٥ ^(٤) عما اذا كان من الممكن اجراء رهن رسمى بين مصرى وأجنبى فى احدى

(١) انظر Bartin . ٢ . ٤٧٠ .

(٢) قارن بقض فرنسى ١٣ ابريل ١٩٣٢ . دالوز ١٩٣٢ . ١ . ٢٩ .

(٣) انظر Bartin . ٢ . ٤٧٥ و ١١ مايو ١٩٢٧ . م . م . ت . م . ٣٩ . ٢٩ و ٤٦٧ و مارس ١٩١٢ . م . م . ت . م . ٣٤ . ٢٧٣ وقارن ١٨ نوفمبر ١٩٣١ . م . م . ت . م . ٤٤ . ١٤ .

(٤) قارن Pillet-Niboyet . ٦٥٨ و ٦٧١ ومؤلف Pillant المعنون Manuel du droit consulaire ويقع فى جزئين . وانظر أيضا موسوعات القانون الدولى تحت كلمة « Consuls » .

القنصليات المصرية في الخارج . فأفتى الدكتور الزيني^(١) بعدم جواز ذلك لأن قانون القنصليات لم يعرض على محكمة الاستئناف المختلطة للموافقة عليه حتى يكون ساريا على الأجانب^(٢) . وإذا رجعنا الى نصوص القانون السالف الذكر وجدناها خالية من الإشارة الى اباحة مثل هذا العقد ، كما أن مرسوم ٢٨ أكتوبر ١٩٢٥ الخاص ببيان الرسوم الواجب تحصيلها بمعرفة القنصليات نظير عمليات التوثيق أغفل ذكر الرهن الرسمي مكتفيا فقط بالرهن الحيازي gage . والحكمة في ذلك على ما يظهر أنه لتمام عقد الرهن يلزم اتباع اجراءات كثيرة لا يمكن القيام بها في القنصليات المصرية في الخارج . وفي اعتقادي أن المشرع المصري قد تأثر هنا بالنص الفرنسي للمادة ٢١٢٨ فقلده ، وفاته أن هذا النص منتقد في فرنسا ، وأن علة وجوده على هذا الشكل مرجعها اعتبارات تاريخية نسي المشرع الفرنسي أنها قد زالت من الوجود^(٣) .

(١) انظر مذكراته ٢٣٢ ومؤلف الأستاذ رياض . ٢ . ٢١٣ هامش ١ . وكامل مرسى بك « التأمينات » . ٢٧٧ .

(٢) ويلاحظ على الحجة التي اعتمد عليها الأستاذ الزيني أنها تجعل الجواز أو عدمه معقودا بعرض الأمر على محكمة الاستئناف المختلطة ، ولم يكن من المقول مطلقا احتراماً لسيادة الدولة المصرية أن تعرض الحكومة القانون الخاص بتمثيلها السياسي والقنصلي على الجمعية العمومية لمحكمة الاستئناف المختلطة . ونحن نذهب الى أكثر من ذلك فنقرر أن المشرع المصري يملك سلطة اعطاء القنصليات المصرية في الخارج حق التوثيق حتى في الرهن الرسمي دون حاجة للرجوع الى محكمة الاستئناف المختلطة ، لأن النص التشريعي في هذه الحالة لا يقصد به تعديل النص المدني المختلط اذ المراد هو اعطاء السلطات القنصلية مكنة التوثيق في الخارج لا في الداخل . ومن المعلوم أن نصوص الامتيازات وكذلك نصوص التفريع المختلط لم يقصد بها أصلا الحد من سلطان المشرع المصري فوضع نصوص تنفذ خارج مصر خصوصا اذا كانت هذه النصوص ترمي الى تسهيل التعامل بين الناس بشأن العقارات المصرية ، ولا يقصد بها الفصل في منازعات قضائية ، حتى يمكن أن يتصور المساس بحقوق الأجانب المكتسبة وفقا للامتيازات . قارن Valéry . ٥٥٨ وما بعدها . وقارن Pillet-Niboyet . ٦٦٢ .

(٣) انظر Pillet-Niboyet . ٦٦٣ .

والخلاصة أن الرسمية السالفة متعلقة بانعقاد عقد الرهن ، لأن الشارع قصد بها حماية المدين ضد التسرع أو عدم التبصر بالعواقب ، فهي من هذه الوجهة تشبه الرسمية في عقد الهبة بعض الشبه ، ومع ذلك فإن الشارع لم يتشدد في هذه الحالة الأخيرة فلم يستلزم ضرورة حصول الاجراءات المتعلقة بها في قلم كتاب المحاكم الموجودة في مصر ، وقد رأينا فيما مضى أنه يصح اتباع الشكل الرسمي الموجود في تشريع أجنبي متى تم عقد الهبة في الخارج ، بل وأكثر من ذلك توسعت المحاكم الفرنسية واعتبرت أن الهبة صحيحة اذا تمت وفقا للشكل المحلي ولو لم يكن شكلا رسميا^(١) بالمعنى المفهوم في التشريع الفرنسي .

٢٦٨ — ولقد قام الخلاف^(٢) حول طبيعة قاعدة Locus وهل هي قاعدة اختيارية أو الزامية ؟ تقرر بعض التشريعات ، كالتشريع الانجليزي ، أن هذه القاعدة الزامية ، ويؤيد هذا الرأي جانب من رجال الفقه ، ولكن الأغلبية الساحقة من رجال الفقه وأحكام المحاكم والتشريعات تقرر أن هذه القاعدة اختيارية ، وهذا الرأي هو المتبع في مصر . فاذا اختير الشكل المحلي فلا بد أن يتم صحيحا . ومن المقرر أن الأخذ بهذه القاعدة يكون اجباريا في أحوال اختلاف الجنسية بين المتعاقدين ، اذا كان التوفيق بين الشككين الواردين في قانونهما متعذرا ، وظاهر أن في ذلك مخالفة لما هو متبع في مصر بالنسبة للتصرفات المتعلقة بالأحوال الشخصية ، اذ يتم التصرف وفقا للشككين ، ومع ذلك فقد استلزم بعض الأحكام المختلطة استيفاء الشكل المحلي في مثل هذه الأحوال باعتباره لازما ، وهذا اذا تعلق الأمر بالتصرفات المالية التي تخضع للقانون المختلط^(٣) .

(١) انظر Précis Dalloz . نبذة ٣١٥ .

(٢) وهذا الخلاف قديم . دالوز ٣٤٤ . Arminjon . ٢ . ١١٥ و Westlake . ٢٨١ و Valéry . ٥١٢٠ وفارن رسالة André Tiran . ٣٦ . ودروس Lóvy-Ullmann ١٩٣٥ . ١٥٣ حيث يفرق بين التصرفات الرسمية والتصرفات الأخرى . وراجع في ذلك أيضا Précis Dalloz . ٢٤٨ — ٢٥٠ .

(٣) ٢٩ مارس ١٨٩٤ . م . ت . م . ٦ . ٢٣٢ .

وأستلفت الأنظار بهذه المناسبة الى أن نظام الامتيازات يؤثر في طبيعة القاعدة في مصر، وبيان ذلك أن التصرف عندنا يعتبر صحيحا شكلا، اذا تم في الخارج وفقا للشكل المحلى الأجنبي، وكذلك اذا تم في مصر وفقا للشكل المقرر في قانون جنسية الأشخاص^(١). وفي النهاية يعتبر التصرف صحيحا وفقا للشكل المحلى في مصر سواء تقرر هذا الشكل في القانون المختلط أو في قوانين أخرى كالأشهاد الشرعية وحجج الوقف وحجج الأراضى الخراجية^(٢) الخ.

٢٦٩ — أما الاستثناءات^(٣) التى تدخل على القاعدة فتتلخص فيما يأتى :

أولا — الاستثناء الخاص بشكل عقد الرهن الرسمى وسبق أن أشرت اليه .
ثانيا — اذا تعلق التصرف بعقارات^(٤) واستلزم قانون موقع العقار شكلا معيناً وجب اتباعه، ومثال ذلك القانون الانجليزى الذى يستلزم حتما وجود كتابة مثبتة للتصرف فى العقار بصرف النظر عن الجهة التى تم فيها التصرف . وتلحق بذلك اجراءات العلانية .

وتلحق بالاستثناءات السالفة استثناءات أخرى أساسها تطبيق فكرتى النظام العام والغش نحو القانون وسنعود اليها فيما بعد .

(١) قارن Messina ٢ . ٨٥ . وقارن حكم ١٧ مايو ١٨٩٦ المشار اليه فى بسطوروس . ٥٠١ . نبذة ٢٣ .

(٢) وذلك وفقا للنظام القديم أى قبل الاصلاح . بسطوروس . ١ . ٤ .

(٣) انظر Arminjon . ٢ . ١٤٥ . وما بعدها .

(٤) كما هى الحال فى مصر أيضا ، انظر ٢٢ يناير ١٩٠٢ . م . ت . م . ١٤ . ٨٥ . وكان ذلك بشأن وقف العقارات المصرية ، اذ لا يصح وقفها شفاهة بل لابد من اشهاد يتم أمام القاضى المصرى انظر المادة ١٣٧ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية . وكذلك بالنسبة لبيع العقارات وفقا لقانون التسجيل الجديد اذ القرار الصادر بتنفيذه فى ١٢ يولى ١٩٢٣ يستلزم ضرورة الكتابة على ورق خاص . وفى ذلك ما يعطل الأخذ بقاعدة Loons ولكن لا يمنع من تمام البيع فى عقد عرقى وأخذ حكم فيما بعد من المحاكم بصحته على أن يسجل هذا الحكم كى تنتقل الملكية .

٢٧٠ — ولقد انتقد بعض الكتاب وعلى الأخص Valéry^(١) الأخذ بهذه القاعدة ، فقال باعتبار الشكل الذي يستلزمه قانون بلد التنفيذ ، ولم يبح الأخذ بالقاعدة الا في أحوال استثنائية ، ولكن رأيه مهجور ، لما قدمته من أسباب . وكذلك قال العلامة Savigny بأن شكل التصرفات يخضع للقانون الذي يحكم هذه التصرفات^(٢) ولكنه مع ذلك أجاز الأخذ بقاعدة . . . Locus بصفة اختيارية . كما أن من المؤلفين من قال بالأخذ بقانون الجنسية بصفة أصلية وبقانون المحل بصفة تبعية^(٣) .

٢ — المسؤولية المدنية الناشئة عن أفعال^(٤)

٢٧١ — من المعلوم وفقا لمبادئ القانون المدني أن أساس المسؤولية الناشئة عن أفعال هو الخطأ *faute* الحاصل من جانب فاعل الضرر^(٥) ، وأن هناك اختلافات حول تقسيم الخطأ الى تقصيري وتعاقدي ، فمن الكتاب من يقول بوحدة الخطأ ومنهم من يقول بازدواجه ، ولا نزج بأنفسنا هنا في تفصيل هذه الخلافات ، ولكننا نعتقد أنه في مسائل تنازع القوانين يحسن بنا الأخذ بالنظرية التي تقول بازدواج الخطأ ، لأن القانون الذي يحكم آثار العقود مختلف تمام الاختلاف

(١) راجع مؤلفه نبذة ٣٨٤ وما بعدها و Arminjon . ٢ . ١١٨ .

(٢) وقد تبعه في ذلك التشريع الألماني ، انظر لنص المادة ١١ من مقدمته اذ أخذت بهذا البدأ . وانظر قبله . ١٣٨ .

(٣) انظر Précis Dalloz . ٢٥٠ .

(٤) انظر في الموضوع . Arminjon . ٢ . نبذة ١٢٠ و Pillet-Niboyet . ٦١٦ وما بعدها و Weiss المختصر الطبعة التاسعة ٥٨٢ وما بعدها . وموسوعة القانون الدولي تحت اصطلاح *Délit et quasi-délit* ومقال H. Mazeaud . مجلة القانون الدولي الانتقادية . ١٩٣٣ ٣٧٧ وما بعدها . ومقال Clunet . Perroud . ١٩١٢ . ٣٨٥ .

(٥) بارتن Bartin . ٢ . ٣٩٣ وما بعدها . و Planiol . ٢ . نبذة ٨٧٧ .

عن القانون الذى يحكم الجرح وأشباه الجرح ، اذ تخضع للقانون المحلى^(١) أى قانون محل حدوثها^(٢) ، نعم الارادة موجودة فى العقود والجرح على السواء ولكن لا يغيب عن الذهن أنه يوجد فى العقود ، توافق بين الارادتين ، وأما فى الجرح وأشباهها فالتوافق معدوم ، بل قد تنعدم نية الاضرار فى بعض الأحوال ، وعلى الأخص اذا أخذنا بنظرية تحمل التبعة *théorie des risques* . والأساس الحقيقى للحكم بالتعويض عن الأفعال الضارة قواعد الآداب لذلك كان من الطبيعى أن يتنازع حكم هذه المسألة قانون محل الحادث وقانون القاضى .

٢٧٢ — فاذا وقع فعل ضار فى بلد ما وعرض النزاع بشأن المسؤولية الناجمة عنه أمام محاكم بلد آخر ، فأى قانون تطبقه هذه المحاكم ؟ من المقرر أنه اذا عرض النزاع أمام محاكم البلد^(٣) الذى وقع فيه فان هذه المحاكم ستطبق القواعد المقررة فى تشريعها دون النظر الى قانون جنسية الفاعل أو المصاب . وأساس الأخذ بهذا القانون لا يرجع لكونه متعلقا بالنظام العام ، وإنما يرجع الى التزام الدولة بتأمين الناس على اقامتهم فى أراضيها ، أو بعبارة أخرى الى فكرة الأمن المدنى خصوصا أن محاكم هذا البلد أقدر على تحقيقه . والفارق بين الأمرين ، أننا اذا قلنا بتطبيق القانون المحلى بناء على فكرة النظام العام أصبح الأخذ بهذا القانون حاصلًا عن طريق الاستثناء لا عن طريق تطبيق المبادئ ، اذ يكون المفروض عندئذ تطبيق قانون آخر ثم استبعاد هذا القانون لمخالفته للنظام العام وفقا لقانون القاضى الذى يندمج هنا مع القانون المحلى ، ولكن اذا قلنا بتطبيق القانون المحلى دائما فانا نرجع اليه سواء كان قانون القاضى أو لا . وهذا هو رأى المتبع علما وعملا . نعم ان القانون الاقليمى ينطبق من الوجهة الجنائية

(١) قارن *Bartin* . ٢ . ٤٠٥ حيث يبحث أحوالا تجتمع فيها المسؤوليتان وحكم ذلك فى تنازع القوانين .

(٢) *H. Mazeaud* . مجلة القانون الدولى الانتقادية ١٩٣٤ . ٣٧٧ — ٣٩٣ .

(٣) *Bartin* . ٢ . ٣٩٩ والأحكام الفرنسية التى تناولها بالتحليل .

للاعتبارات المتعلقة بالنظام العام وضرورة سيادة الدولة في اقليمها ، ولكن القانون المحلى انما يطبق للاعتبارات السابقة . أما اذا عرض النزاع أمام محكمة بلد آخر فالمفروض أن هذه المحكمة تطبق قانون محل الحادث لا قانون جنسية المتنازعين ولا قانونها الخاص . ومجال تطبيق القانون المحلى هنا عام^(١) فيشمل تحديد عناصر الجنبه وكذلك تحديد عناصر الخطأ وآثاره أى التعويض . ومن المعلوم أن من عناصر الخطأ الرئيسية ، وفقا للتشريع المصرى الادراك (التمييز) ، أى أن يكون الفاعل مدركا لفعله وذلك بخلاف بعض التشريعات الأخرى التى تعتبر المجنون قادرا على ارتكاب خطأ يسأل عنه فى ماله كالتشريع الألمانى (المادة ١٢٩^(٢)) وكذلك الشريعة الاسلامية التى تضمن حديث الولادة الأضرار التى تحصل بفعله . فاذا كان محل الحادث فى المانيا مثلا ، فإن المحكمة المصرية ستطبق القانون الألمانى حتى لو كان المصاب مصريا وتعتبر الفاعل مسئولا حتى لو كان غير مدرك ، اذ لا مخالفة فى ذلك للنظام العام^(٣) . ولكن اذا كان الفاعل مصريا غير مدرك والمصاب ألمانيا وصدر الحكم من محكمة المانية بمسئولية المصرى فانه لا يمكن تنفيذه فى مصر لمخالفته للنظام العام . وكذلك يؤخذ بالقانون المحلى لمعرفة ان كان الفعل جائزا أو غير جائز ، فاذا كان الفعل جائزا وفقا للقانون المحلى وغير جائز وفقا لقانون القاضى فانه يؤخذ بالقانون الأول . وقصارى القول فان المحكمة

(١) ولقد قام الخلاف حول تحديد هذا القانون فى الأحوال التى يقع فيها الفعل الضار فى مكان (دولة) والضرر الناجم عنه فى مكان (دولة) آخر . كمن يولد فى إنجلترا بضائع كى تراحم بضائع ألمانية تباع فى المانيا . فقضت المحاكم الألمانية باتباع قانون محل الضرر أى أنها اعتبرت أن هذا القانون الأخير هو القانون المحلى . وينازع فى ذلك الأستاذ Bartin ويعتبر أن القانون المحلى هو قانون محل حدوث الفعل الضار نظرا للاعتبارات المذكورة فى الصلب بغض النظر عن المحل الذى تحصل فيه نتائجه . ٢ . ٤١٥ وما بعدها ، حيث يرى ضرورة التسوية فى المعاملة بين الجنبه الجنائية والجنبه المدنية .

(٢) ويوجد نص مقابل فى مشروع الالتزامات الفرنسى الايطالى .

(٣) قارن Bartin . ٢ . ٣٩٨ والحكم بالنسبة لمسئولية الأشخاص المعنوية . ٣٩٩ .

المرفوع اليها النزاع^(١) تقضى فيه في الغالب كما تقضى محكمة محل الحادث ، وذلك رغم اتحاد جنسية الطرفين . وقد طبقت المحاكم المختلطة هذه المبادئ بمناسبة حادثة اصطدام باخرة مصرية بمركب يونانية في المياه الايطالية فقضت بتطبيق القانون الايطالي^(٢) . أما اذا كان التصادم حاصلًا في عرض البحر فيتبع قانون السفينة التي حصل منها الخطأ بناء على المبدأ التصوري الذي يعتبر السفينة جزءًا من إقليم الدولة التابعة لها . ويفضل بعض الكتاب اتباع قانون المحكمة التي رفع اليها النزاع^(٣) .

وفي انجلترا لا يرضون بتطبيق القانون المحلي لحكم الأفعال الضارة اذا كان متعارضا مع قانون القاضى ، كما اذا اعتبر هذا الأخير أن الفعل مباح^(٤) .

٣ — قواعد القانون الخاص المنظمة لبعض المهن

RÈGLEMENTATION PROFESSIONNELLE EN DROIT INTERNE.

٢٧٣ — يعمد المشرع في بعض الأحيان الى تنظيم بعض المهن نظرا لما لها من أهمية في الجماعة ، فنجد مثلا في كثير من الدول المتمدنية تشريعا منظما لمهنة الأطباء وآخر لمهنة المحامين . . الخ . ولكن هذا التنظيم يتم غالبا من وجهة القانون العام ، على أنه لا مانع يمنع من وضع قواعد خاصة بأصحاب هذه المهن وتنظيم

(١) وهناك صورتان للنزاع في الموضوع . اذ قد يكون المقصود الحصول على حكم بالتعويض عن الفعل الضار أو الحصول على أمر بالتنفيذ لحكم صادر في هذا الحادث من المحكمة الأجنبية المختصة .

(٢) محكمة اسكندرية الابتدائية المختلطة ٢ فبراير ١٩٢٦ . جازيت . ١٧ . ٣٠٧ وانظر في هذا المعنى ٣ مارس ١٩٠٧ . م . ت . م . ١٤ . ٢٤٢ ومؤلف Messina . ٢ . ٦٧ . وبالنسبة للقضاء الفرنسي Bartin . ٢ . ٤٠١ وما بعدها . وموسوعة القانون الدولي تحت كلمة Abordage .

(٣) Lerebours-Pigeonnière . دالوز . ٢٥٦ .

(٤) أبوهيف بك بند ٣٩٧ وبالنسبة للحكم المتبع في فرنسا . انظر Bartin . ٢ .

شئونهم من وجهة القانون الخاص ، لما في ذلك من مصلحة محققة . ففي المجموعة المدنية أورد المشرع نص المادة ٢٥٧ / ٣٢٤ م . ا . م حرم به على القضاء ووكلاء الحضرة الخديوية وكتبة الحاكم والمحضرين والأفوكاتية شراء الحقوق المتنازع فيها ، فأصحاب هذه المهن لا يمكنهم مباشرة هذا التصرف والا اعتبر شراؤهم باطلا بطلانا مطلقا ، وحكمة البطلان متعلقة بحسن سير القضاء وضرورة ابعاد رجاله وأعوانهم عن الظنون والشبهات ^(١) ، فاذا فرض أن تم مثل هذا التصرف في مصر ، وعرض أمر صحته على محكمة مصرية أو أجنبية فانها تطبق في الغالب التشريع المصري باعتباره التشريع المحلي ، وبناء على ذلك تحكم بالبطلان ولو اتفق الطرفان على عكس ذلك . ولا يغيب عن الذهن هنا أنه اذا كان المشتري أجنبيا فتطبق هذا النص يقوم على اعتبارين . الأول ، على اعتبار أنه نص القانون المحلي . والثاني ، على اعتبار أن القانون المختلط نافذ على الأجانب لأنه ، كما هو معلوم ، نتيجة معاهدة دولية . وليس هذا النص هو الوحيد في التشريع المصري بل هناك نصوص أخرى ، كالمواد الخاصة ^(٢) بتحديد من هو التاجر وغير التاجر وكذلك النصوص التي تعين الشروط اللازم توافرها عند التجار من مسك دفاتر ، وعلانية مشارطات الزواج ، هذا عدا الشروط الموضوعية الأخرى . ففي كل هذه المسائل يؤخذ بالقانون المحلي للجهة التي يحصل فيها الاتجار . وهناك أيضا بعض نصوص خاصة بسماسرة البورصات تمنعهم من أن يكونوا طرفا آخر في عملية تجارية مع عميلهم ، والا اعتبرت العملية باطلة . هذه النصوص كلها ذات صبغة محلية لأنها خاصة بتنظيم حرفة معينة . فاذا عرضت صحة التصرف أمام محكمة أجنبية فانها تقضى عادة بالبطلان وفقا للتشريع المصري .

٢٧٤ — وتوجد في التشريعات الأجنبية نصوص مماثلة ، ففي التشريع

(١) انظر أحمد نجيب الهمالي بك « البيع » . ٢٥١ .

(٢) انظر الباب الأول من المجموعة التجارية الأهلية والمختلطة .

الفرنسي^(١) مثلاً وعلاوة على النصوص الماثلة لما تقدم نجد نص المادة ٩٠٩ م. ف. الذى يحرم على الطبيب وممثل الديانة *ministre du culte* قبول تبرع من المريض ، اذا كان هذان الشخصين يمارسان مهنتهما فى فرنسا ، فاذا عرض أمر هذا التبرع على محكمة مصرية فانها تقضى ببطاله وفقاً للتشريع الفرنسى . وكذلك يوجد فى فرنسا نصوص قانون سنة ١٨٩٨ الخاص بتنظيم حالة العمال ومسئولية أرباب الأعمال عن التعويضات عند وقوع الحوادث ، فنصوص هذا القانون محلية أى انه يؤخذ بها كلما كانت الدعوى بين عامل فرنسى أو أجنبى ، ورب عمل فرنسى أو أجنبى ، اذا تم عقد العمل فى فرنسا ، أو كانت ادارة العمل *entreprise* فيها^(٢) .

٢٧٥ — ومن المنتظر صدور تشريع منظم لحالة العمال فى مصر أسوة بالتشريع السالف ، فيؤخذ به عندئذ باعتباره قانوناً محلياً ، ويطبق حتى لو كان محل العمل فى الخارج كالسودان مثلاً ، اذ أن أساس تطبيقه ليس الفعل الضار وإنما التنظيم الذى ارتآه الشارع لبعض المهن لما فى ذلك من مصلحة ، فيكفى اذن أن ينعقد العقد فى مصر أو تكون ادارة العمل قائمة بها ، ولو كان العمل فى ذاته أو الحادث قد حصل فى الخارج .

المبحث الرابع

فى

تطبيق قانون موقع المال (القانون الاقليمى)

٢٧٦ — والمال اما أن يكون عقاراً أو منقولاً ، وعلى كل فاما أن يكون مالا معنويًا أو مادياً . ولنبدأ بالكلام فى العقارات .

(١) انظر *Bartin* . ٢ . ٤٨٩ وما بعدها .

(٢) انظر *Bartin* . ٢ . ٤٩٦ — ٥٠١ والفرض الذى ناقشه فى ٥٠٣ وما بعدها .

٢٧٧ — لم يأت في المجموعة المدنية مختلطة كانت أو أهلية نص يشير الى القانون الواجب التطبيق بالنسبة للعقارات والحقوق العينية المتعلقة^(١) بها ، ويظهر أن المشرع المصرى رأى امكان الاستغناء عن هذا النص ، اكتفاء بما هو مقرر من قديم الزمان من أن العقارات تخضع لقانون موقعها . وهذه القاعدة عالمية مقررمة بمقتضى العادات الدولية^(٢) . ورغم ما تقدم فقد اختلفت التشريعات فى مدى الأخذ بقانون موقع العقار ، اذ قال بعض الشرائع بتطبيق هذا القانون على كل العلائق التى يمكن أن تتعلق بالعقارات سواء كانت داخلة ضمن الأحوال الشخصية أو ضمن الأحوال العينية . وقال البعض الآخر بالأخذ بمذهب وسط يقضى بتطبيق قانون الموقع فيما يتعلق بالأحوال العينية دون الأحوال الشخصية مع اعتبار الموارىث ومشارطات الزواج داخلة ضمن الأحوال العينية . وهناك تشريعات ارتأت ضرورة اتباع التفرقة بين علائق الأحوال الشخصية وغيرها ، فقانون الأحوال الشخصية يحكم العقارات ما دامت هذه الأخيرة داخلة ضمن موضوع تصرف من التصرفات المعتبرة من الأحوال الشخصية ، وتعتبر منها الموارىث ومشارطات الزواج ، وهذا ما سار عليه التشريع المصرى^(٣) .

٢٧٨ — والظاهر أنه فى الأحوال التى يطبق فيها قانون موقع العقار يحدد هذا القانون مدى الحقوق التى يمكن أن تترتب على هذه العقارات ، وما تعطيه لأصحابها من حقوق وميزات ، سواء كانت تلك الحقوق العينية أصلية كحق انتفاع ،

(١) ما عدا نص المادة ٧٧/٥٤ م . ١٠ م . وسبق أن أشرنا اليه . انظر Mossina ٣٩٠ . ٢ . Lainé . ٢٤٥ وما بعدها .

(٢) قارن Makarov . ٢٦٦ و Pillet-Niboyet . ٣٦٠ ودروس Lévy-Ullmann . الدكتوراه . ١٩٣٥ . ٣٦ وما بعدها .

(٣) راجع فى مقارنة الشرائع Makarov . ٢٦٧ — ٢٦٩ وأيضا Weiss . ٤ . ١٦٨ — ٢٨٤ و Dicey . ٥١٣ — ٥٣٩ و Niboyet . ٦٣٠ — ٦٣٢ والأحكام الكثيرة التى أشار اليها Arminjon . ٢ . ٥٩ .

أو تبعية كحق رهن ، وسواء أكانت هذه الحقوق مادية أو معنوية ، وكذلك يرجع الى قانون موقع العقار لمعرفة اجراءات العلانية الواجبة الاتباع ، لتحديد وقت انتقال الملكية ، وهل يتم بمجرد التعاقد فيما بين المتعاقدين وبالنسبة للغير^(١)؟ وهل يشترط التسليم أولا؟ كما أنه يرجع الى هذا القانون لمعرفة قوة شرط عدم التصرف سواء تعلق بأموال الدوطة أو بغيرها . وقد رأينا أنه على هذا الأساس حكمت المحاكم المختلطة في الكثير من أحكامها بعدم الأخذ بعدم التصرف الناجم عن نظام الدوطة في مصر^(٢) ، وعلى هذا الأساس أيضا رفضت الاعتراف بالرهن القانوني لمصلحة الزوجة أو القاصر . ومما لا جدال فيه أنه يؤخذ بقانون موقع العقار لمعرفة مدد التقادم اللازمة لاكتساب الملكية ، كما أنه يحدد طرق اكتساب الملكية أخرى .

٢٧٩ — وأساس تطبيق قانون موقع العقار يرجع عند البعض الى اعتبارات متعلقة بالسيادة ، فالدولة لا يمكن أن تترك الحكم فيما يتعلق بعقاراتها ، أو بعبارة أخرى باقليمها الى تشريعات أجنبية مختلفة ، وقد رأينا أنه فيما يتعلق بتكييف الأموال يرجع الى قانون موقع المال ، فهذا القانون ، هو الذي يبين ان كان المال عقارا أو عقارا بالتخصيص أو منقولا . ويرى الكثير من الكتاب^(٣) بهذه المناسبة أنه بجانب اعتبارات السيادة توجد اعتبارات أخرى أكثر أهمية هي الطمأنينة اللازمة فيما يتعلق بالمعاملات العقارية ، فالمحافظة عليها يجب أن تطبق قانون موقع العقار .

(١) Pillet-Niboyet . ٦٣٣ — ٦٣٤ ودروس Lévy-Ullmann . الدكتوراه ١٩٣٥ .

١٠٦ وما بعدها .

(٢) قارن في فرنسا دروس Lévy-Ullmann السابق الاشارة اليها . ١٢٥ وما بعدها .

(٣) انظر Messina . ٢ . ٢٨ — ٢٩ و Pillet-Niboyet . ٦٣١ — ٦٣٢ حيث

يقرر أن تطبيق قانون الموقع هو ما تقضى به طبيعة الأمور . Arminjon . ٢ . ٥٤ .
ودروس Lévy-Ullmann الدكتوراه ١٩٣٥ . ٥٤ وما بعدها .

٢٨٠ — فالأفضل اذن أن العقارات المصرية تخضع للقوانين المصرية أهلية أو مختلطة على حسب الأحوال^(١). ومن المعلوم أن الفوارق ليست كبيرة بين الاثنين، ولم يمنع ذلك من التنازع في بعض الأحوال كما سنرى فيما بعد. وإذا كانت العلائق المتعلقة بعقار حاصلة بين أجنبى متحدى الجنسية، فإنها تخضع للقانون المدنى المختلط، لأن الاختصاص هنا للمحاكم المختلطة، هذا من جهة (المادة التاسعة من لأئحة ترتيب المحاكم المختلطة)، ومن جهة أخرى فقد رأينا أن قانون موقع العقار هو الواجب الاتباع وفقا للمبادئ المقررة في القانون الدولى الخاص^(٢).

ومن أهم القوانين العقارية في مصر لأئحة ٧ صفر سنة ١٢٨٤^(٣) التى أخضعت الأجانب الذين يملكون عقارات في مصر لجميع اللوائح الخاصة بهذه العقارات أسوة بالمصريين تماما. وسواء تعلقت اللوائح بالضبط أو بالربط أو لا.

٢٨١ — ومن أحكام المحاكم المختلطة أنه اذا استلزم القانون التمسوى ضرورة التسليم في العقارات لانتقال الملكية فان هذا الشرط لا يعمل به بالنسبة للعقارات الكائنة في مصر^(٤). وكذلك حكمت بأن تحديد نطاق الحقوق العينية التى يمكن أن ترتب على عقار من شأن قانون موقع هذا العقار^(٥). وحكمت أيضا

(١) استئناف مختلط ٢٢ يناير ١٩٠٢. م. ت. م. ١٤. ٨٥.

(٢) ولم يكن هذا رأى متبعا قبل الاصلاح بل كانت العقارات المصرية تخضع للقوانين المختلفة التى لا تقل في عددها عن عدد المحاكم القنصلية الموجودة في مصر. وانظر حكم ٢٥ مارس ١٩٢٢. م. ت. م. ٣٤. ٢٤٧. وكذلك مؤلفنا. بعده.

(٣) انظر ٣ ابريل ١٨٩٠. م. ت. م. ٢. ١٨١.

(٤) ٢٨ نوفمبر ١٨٨٨. م. ت. م. ١. ٣٤٠. وأخيرا حكم استئناف مختلط ١١ ابريل ١٩٣٥. Clunet. ١٩٣٥. ٦٠. ١. وطبق القانون الالماني على الأساس السابق.

(٥) ٢٣ مارس ١٩٠٤. م. ت. م. ١٦. ١٦٣.

بأن الأخذ بالشفعة^(١) ، وكذلك التملك بالتقادم المكسب من اختصاص قانون موقع العقار^(٢) ، وإن انشاء الوقف من شأنه حبس العين ومنع التصرف فيها فلا بد لذلك من اتباع الاجراءات المنصوص عليها في لأئحة ترتيب المحاكم الشرعية ، أى أنه لا بد من عمل حجة أمام قاض شرعى مصرى ، فاذا تمت أمام قاض تركى فهى باطلة^(٣) ، وذلك طبعا استثناء من قاعدة Locus . وقررت محكمة الاستئناف المختلطة أن حق الاختصاص المسجل فى قلم كتاب المحكمة الأهلية وفقا للمادة ٥٦٥ مدنى أهلى لا ينتج آثاره بالنسبة للدائنين الأجانب الا اذا سجل فى قلم كتاب المحاكم المختلطة ، اذ لا يمكن لهذه الأخيرة أن تعترف بحق أفضلية لم تتبع بشأنه اجراءات القانون المختلط^(٤) .

٢٨٢ — فاذا كان المال منقولا ، فإن القانون الواجب التطبيق بالنسبة لانتقال ملكيته ، وللحقوق العينية التى يمكن أن تترتب عليه هو قانون الموقع الحقيقى لهذا المال^(٥) . ولكن الصعوبة بالنسبة للمنقول تنشأ عن سهولة نقله من مكان الى آخر فهل يتغير القانون بهذا الانتقال أولا ؟ من المتفق عليه بصفة أصلية هو احترام قانون الموقع السابق ، وهذا الحكم تطبيق لفكرة احترام الحقوق

(١) ٢٥ ابريل ١٩٠٧ . م . ت . م . ١٩٠٧ . ١١٩ .

(٢) ٣١ اكتوبر ١٩١٦ . م . ت . م . ٢٩ . ٢٧ .

(٣) ٢٢ يناير ١٩٠٢ . م . ت . م . ١٦ . ١٦٣ .

(٤) ١٦ ديسمبر ١٨٩١ . م . ت . م . ٤ . ٥٣ و ٢ مايو ١٩٢٢ . م . ت . م . ٣٤ .

٣٧٦ .

(٥) مؤلف Donnedien السابق الاشارة اليه . ٦٤ . و Pillet-Niboyet . ٣٦٠ . وهذه القاعدة غير مقررة تشريعا لا فى فرنسا ولا فى مصر ومع ذلك مأخوذ بها باطراد على خلاف المقرر فى نظرية الأحوال التى تقول بنحسوع المنقولات لقانون موطن مالكها Surville . ٢٦٧ وقد تهررت القاعدة فى بعض التشريعات الحديثة فنجدها فى التشريع اليابانى المادة ١٠ والتشريع البولونى المادة ٦ . راجع Makarov . ٢٦٨ والقاعدة مقررة أيضا فى القانون الانجليزى Dicey . ٥٦١ . وكذلك يمين قانون هذا الموقع كل الأعباء التى يمكن أن تقرر على المنقولات فتتمنع من التصرف فيه أحيانا Valéry . ٦٢٣ ومؤلفنا . ٢٢ .

المكتسبة المقررة فى القانون الدولى الخاص^(١) .

و يطبق قانون موقع المنقول عليه باعتبارـه منقولاً منفرداً *ut singuli* أى ليس داخلاً ضمن مجموعة من الأموال^(٢) *ut universitas* كما هى الحال فى الموارىث فهناك ينطبق قانون آخر وهو قانون الجنسية أو الديانة وفقاً للتشريع المصرى ، وذلك بحسب الأحوال .

ويرجع أساس تطبيقه قانون موقع المنقول الى اعتبارات مؤداها أن نظام الملكية فى كل بلد لا بد أن يخضع لقانون هذا البلد ، نظراً لضرورة استتباب الطائفة فى المعاملات ، اذ لو أخضعنا المنقولات لتشريعات متعددة مختلفة باختلاف جنسية المتعاملين ، فان ذلك يدعو الى فوضى ضارة ، اذ من المحتمل ألا تتحد الأحكام الخاصة بانتقال الملكية فى القوانين المختلفة ، فالقانون الألمانى مثلاً يقرر نقل الملكية بالنسبة للمتعاقدين وبالنسبة للغير بالتسليم ، ووفقاً للتشريع المصرى تنتقل الملكية بمجرد التراضى ، فيؤخذ بالقانون الألمانى للمنقولات الموجودة فى ألمانيا حتى ولو تم التعاقد بين مصريين هنالك . كما يتبع حكم القانون المصرى بالنسبة للمنقولات الموجودة فى مصر ولو كان المتعاقدان المانيين ، ولا ينفى هذا أن الاختصاص هنا مقرر للمحكمة القنصلية ، اذ تجب التفرقة بين الاختصاص القضائى والاختصاص التشريعى . وكذلك اذا عرض نزاع من هذا النوع على المحكمة القنصلية الايطالية فعليها أن تطبق قواعدـها فى تنازع القوانين^(٣) ، فاذا

(١) ومن المقرر فى هذا الصدد أن المشرع المصرى أخضع المنقول لقانون موقعه فيما يتعلق بنظام الملكية تقليداً منه للقضاء الفرنسى والتشريع الايطالى ، اذ لو كان قد أراد مخالفتها كان عليه الاثبات بنص صريح . Messina . ٢ . ٣١ .

(٢) وكذلك كما هى الحالة بالنسبة للأحوال التى تنظم حالتها . شـارطـات الزواج .

(٣) وتقضى هذه القواعد بأن المنقول يخضع لقانون جنسية مالكه ما لم يتعارض مع نصوص قانون موقعه ، المادة السابعة من التشريع الايطالى . وتفسر بأن قانون الجنسية يحكم الأهلية والحقوق العائلية بشأن المنقول أما قانون الموقع فيحكم كل الحقوق العينية التى يمكن أن تترتب على المنقول . راجع Messina . ٢ . ٣٠ .

قضت هذه القواعد بتطبيق قانون موقع المال وهو القانون المصري وجب الأخذ به . ولكن ما هو ذلك القانون ؟ في اعتقادنا أنه القانون المختلط دون القانون الأهلي ، لأن القانون المختلط هو الذي يطبق بحسب الأصل بالنسبة للأجانب . على أن هذا الرأي لم يصادف هوى في نفس الأستاذ Smyriniadis^(١) . فقال بضرورة تطبيق قانون جنسية المتعاقدين عند اتحادها وفقا لما تقضى به الامتيازات الأجنبية^(٢) ، ونرى أن الطائفة في المعاملات تقضى بتطبيق قانون موقع المنقول ، وأن هذه الاعتبارات أقوى من الاعتبارات المتعلقة بالامتيازات فيلزم احترامها خصوصا اذا لاحظنا ما سبق أن قلناه من أنه لا تلازم بين الاختصاص القضائي والاختصاص التشريعي بالنسبة للمحاكم القنصلية وهي محاكم زمنية . وفي رأى المرحوم أبي هيف بك^(٣)

(١) مقاله السابق الاشارة اليه وأيده في رأيه الأستاذ الزيني اذ يرى أن القول بعكس ذلك يجعل امتياز الأجانب في هذه الحالة لغوا ١١ راجع مذكراته . ٢٢٤ .

(٢) ويلاحظ أنه لو أخذنا هنا بالاحالة لانتهينا الى تطبيق قانون موقع المال غالبا لأن قاعدة خضوع المال لقانون موقعه مقررة بطريقة طالية تقريبا .

(٣) مؤلفه . ٥٤٨ . ويقول برأى الأستاذ الزيني مع تعديل لطيف الأستاذ عبد المنعم رياض ، ففرق بين ما اذا كان التعامل حاصل بين الأجانب الخاضعين للامتيازات وبين الأجانب غير الخاضعين للامتيازات . فقال ان الأول لا يخضعون للقانون المصري بالنسبة لتصرفاتهم في المنقولات بخلاف الآخرين . وظاهر أن هذا الرأي يحمل نفس المساوىء ، ولكن في نطاق أضيق اتساعا (مؤلفه . ٢ . ٢٣٠) . ولنعقد أن مجال الأخذ بهذا الرأي هو الأحوال التي لا يكون فيها قانون موقع أصلا نظرا لانعدام سيادة الدولة أو وجود قانون استعماري في بلد غير متمدين . قارن Pillet-Niboyet . ٦٣٧ . انظر مع ذلك Arminjon . ٢ . ٥٥ . حيث يشير بطريقة مجمة ومبهمه الى وجهة نظر عكسية بالنسبة لمصر . وانظر كذلك Dicey . ٨٧٣ . الذى يشير باتباع القانون الانجليزى بالنسبة للانجليز اذا كان المنقول موجودا في بلد غير متمدين ، وهم في انجلترا منذ سنين يقرون أن مصر بلد متمدين كما سنوضحه فيما بعد (قضية كازداغلي) . ونوجه النظر في النهاية الى أن الأخذ بتطبيق قانون الجنسية على الأساس السابق يستدعى حتما إخضاع التكيف لحكم هذا القانون . وقد تختلف في ذلك التشريعات المختلفة فيعتبر المال الواحد في مصر منقولا أو عقارا ، أو عقار بالتخصيص على حسب الأحوال !! وماذا يكون مآل الحقوق المكتسبة هنا في حالة التصرف الى شخص ثالث ؟

أن المنقولات تخضع لحكم قانون ارادة المتعاقدين الصريحة أو الضمنية فاذا لم تبين تلك الارادة طبق القانون المصرى ، ونحن لا نقر هذا الرأى لما فيه من خطورة على سلامة المعاملات .

٢٨٣ — قات ان المنقولات تتماز بسهولة نقلها من مكان الى آخر أرى أنها تغير موقعها ، فأى قانون هو الواجب التطبيق عندئذ ، هل هو قانون الموقع القديم أو قانون الموقع الجديد ؟

اذا كان المنقول فى بلد كمصر يعترف فيها القانون بقاعدة الحيازة فى المنقول سند الملكية ٦٨/٤٦ . مدنى ثم نقل المنقول منها الى بلد آخر كاسبانيا لا يعترف تشريعه بالقاعدة السالفة بل يجوز استرداد المنقول فى مدة ثلاث سنوات فماذا يكون الحكم ؟ المسألة خلافية^(١) ، وعندنا أنه يجب فى هذه الحالة احترام الحقوق المكتسبة للمشتري وفقا للقانون المصرى . وعلى العكس من ذلك اذا كان التصرف قد حصل فى اسبانيا ونقل المشتري المنقول الى مصر ، فان دعوى الاسترداد تكون مقبولة ضد هذا المشتري فى خلال الثلاث سنوات وفقا للقانون الاسبانى وذلك احتراماً للحقوق المكتسبة . ويرى أن القانون المطبق فى الحالتين هو قانون الموقع القديم . ولكن مع ذلك يجب تطبيق قانون الموقع الجديد بالنسبة لهذا المنقول فى البلد الجديد اذا كان مشتري المنقول ، الذى أحضر من اسبانيا ، قد تصرف فيه بطريق البيع الى مشتر ثان ، فلمذا المشتري الحق فى الاستفادة من قاعدة الحيازة فى المنقول سند الملكية لأن القاعدة وجدت حماية لهذه التصرفات ، أى أن تطبيقها اقليمى من هذه الناحية ولا محل هنا لاحترام الحقوق المكتسبة وفقا لقانون الموقع القديم^(٢) .

(١) ويرى Savigny وجوب تطبيق قانون المحكمة المرفوع اليها النزاع دائما . ٨ . ١٨٥ وقارن الأستاذ الزحى . مذكرات . ٢٢٥ .

(٢) قارن Surville . ٢٨٣ . وعندنا أنه لا داعى هنا للاستناد على فكرة النظام العام لاستبعاد حكم قانون الموقع القديم ، لأن قاعدة الحيازة فى المنقول سند الملكية قاعدة اقليمية للأسباب التى بنيت عليها ، وهى ضرورة استتباب الطأئنة فى المعاملات . وراجع تطبيق الرأى الذى نقول به بالنسبة لرهن المنقول حيازيا . نفس المرجع . ٢٨٤ .

وتطبيقا على ما تقدم لا يطبق قانون الموقع القديم اذا كان الحق لم يكتسب تحت سلطانه . والمراد بالحق المكتسب هنا ، ذلك الحق الذى تكاملت كل عناصره بصفة قطعية قبل انتقال المنقول . فاذا كان المنقول موجودا فى الأصل فى سويسرا مثلا ، ويقتضى تشريعها التسليم لانتقال الملكية للمشتري ، فلا بد من حصول هذا التسليم قبل خروج المنقول ، لكي يمكن اعتبار المشتري مالكا ، فاذا لم يحصل ، وباع البائع المنقول مرة ثانية فلا يعتبر أنه قد باع ملك الغير . وعلى العكس من ذلك فان التشريع المصرى لا يستلزم التسليم لانتقال الملكية فى المنقول بل يكتفى بمجرد الايجاب والقبول ، فاذا خرج المنقول من مصر قبل التسليم فيمكن للمشتري استرداده من تحت يد البائع الذى انتقل به الى بلد آخر يستلزم تشريعه التسليم لانتقال الملكية .

فاذا كان المنقول الذى غير موقعه مسروقا أو ضائعا ، فمن المعلوم أنه وفقا للتشريع المصرى يجوز الاسترداد من المشتري فى خلال ثلاث سنوات تحسب من وقت السرقة أو الضياع ، فاذا كان الموقع الجديد هو ايطاليا ووفقا للتشريع الايطالى يسقط حق الاسترداد بعد مضى سنتين (٢١٤٦ مدنى ايطالى) ، فالظاهر هنا وجوب تطبيق قانون الموقع الجديد اذا كان التصرف قد تم فى ايطاليا ، وقانون الموقع القديم اذا كان التصرف قد حصل فى مصر ثم نقل المنقول الى ايطاليا ^(١) .

ومن المسائل التى أثارت الخلاف مسألة تملك المنقول بالتقادم المكسب فى حالة ما اذا نقل المنقول من مكان الى آخر ، فوفقا لأى قانون تحتسب هذه المدة فى حالة اختلاف التشريعات ؟ من المعلوم أن هذه المدة فى مصر خمس عشرة سنة ولكنها وفقا للتشريع النمساوى ثلاث سنوات ، ووفقا للتشريع الألمانى عشرة سنوات . فاذا فرض أن وجد المنقول فى أول الأمر فى النمسا ثم نقل بعد ذلك الى مصر ، فاذا كان نقله قد تم بعد انقضاء الثلاث سنوات فان لواقع اليد الحق

المكتسب فى الملكية اذا تمسك بالتقادم ، أما اذا كان النقل قد تم قبل فوات الثلاث سنوات فان مدة التقادم تحسب وفقا للقانون المصرى . وعلى العكس مما تقدم اذا كان المنقول قد نقل من مصر بعد مضى سنتين الى النمسا فانه يكفى لا كتساب ملكيته بالتقادم مرور سنة أخرى بدون مطالبة . ويظهر أنه يجب اتباع نفس الحكم لو حصل النقل بعد فوات مدة ثلاث سنوات ^(١) .

واذا كان المنقول مصدرا من بلد الى آخر ومارا ببلد ثابت فى طريقه *in transitu* فمن المتفق عليه أن القانون الذى يحكم هذا المنقول هو قانون الجهة المرسل اليها باعتباره قانون موقعه الحقيقى والنهائى . فاذا أريد الحجز عليه وهو مار ببلد ثالث فتتبع اجراءات الحجز المقررة فى قانون هذا البلد وفقا لقاعدة خضوع الاجراءات لقانون بلد القاضى . أما من حيث الملكية فيتبع قانون الجهة المرسل اليها ^(٢) .

٢٨٤ — والخلاصة ، ان الأصل هو احترام الحقوق المكتسبة على المنقولات وفقا لقانون موقعها السابق الا اذا تعارض ذلك مع النظام العام فى بلد الموقع الجديد أو تنافى مع اعتبارات الطائنية فى المعاملات . فمثلا اذا كان قانون الموقع الجديد لا يعترف بالمبادئ التى يقوم عليها التشريع الأجنبى فيما يتعلق بالملكية كالتشريع السوفيتى مثلا فان أحكامه المتعلقة بالمصادرة لا تحترم فى محاكم بلد آخر ^(٣) ، وكذلك فان نظام رهن المنقول رهنا رسميا *hypothèque mobilière* لا يعترف به فى مصر لمنافاته للطائنية اللازمة فى المعاملات ، كما أن نظام ال *Trust* الانجليزى لا يعترف به فى فرنسا ومصر .

ولا جدال فى أن تكييف المال باعتباره منقولا يتم وفقا لقانون الموقع الجديد .

(١) قارن Makarov . ٢٧٠ وكذلك Surville . ٢٨٣ .

(٢) راجع Pillet-Niboyet . ٦٥٠ — ٦٥١ .

(٣) انظر قبله ٣٩ وما بعدها . وكذلك مختصر دالوز . ٤٠٢ وكذلك مجلة القانون الدولى

الخاص . ١٩٢٧ . ٧٠ و ٢٦٣ والمجلة الانتقادية . ١٩٣٥ . ١٥٠ .

٢٨٥ — ويتصل بالمنقولات^(١) ما يسمى بالملكية الأدبية والفنية ، ويراد بها حقوق المؤلفين على مؤلفاتهم والقنانين على ثمرات قرائهم . ومن المعلوم أن هناك خلافا على طبيعة هذه الحقوق ، فيسميها بعض كتاب القانون المدني « الملكية المعنوية » ، ويعتبرها آخرون داخلية في نطاق الحقوق المعنوية المنقولة^(٢) ، فما هو القانون الذي يحدد نطاق هذه الحقوق ، ومدة استعمالها ، وكيفية ذلك ؟ لا يوجد نص في التشريع المصري بهذا الشأن ، والواقع أن هذه المؤلفات تظهر في بلد معين في مبدأ الأمر ثم تنتشر بعد ذلك في البلاد الأخرى على حسب درجة رواجها ، لذلك كان من المقرر بالاجماع تقريبا وجوب اعتبار قانون الجهة الأصلية *pays d'origine* أى الجهة التى حصل فيها النشر ، مع ملاحظة أنه ضمن القوانين المتنازعة يوجد أيضا قانون جنسية الناشر . على أنه يؤخذ أيضا بأحكام القانون المحلى (أى محل التداول) فيما يتعلق بالاجراءات اللازمة لاتباع^(٣) لكى يحافظ المؤلف على حقوقه في هذا البلد . فقانون الجهة الأصلية هو الذى يبين كيفية استعمال هذه الحقوق ومدتها ، فان استلزم اتباع اجراءات

(١) وهناك نوع من المنقولات يصعب إخضاعه للقواعد السابقة ، وأقصد بذلك الإشارة الى السفن التى تنتقل بين الموانئ المختلفة . وتجربى بعض التشريعات على تشبيهها بالعقارات من بعض النواحي . ويظهر أن رأى المقر عليه فى هذا الصدد هو خضوعها لقانون العلم الذى تحمله فتكتسب ملكيتها وفقا لأحكامه ، على أنها تخضع للقانون المحلى من نواح أخرى وعلى الأخص اذا تعلققت المسألة بالنظام العام . قارن Messina . ٢ . ٣٣ — ٣٩ .

(٢) والواقع أنه يصعب اعتبارها منقولات أو عقارات اذا اتبعنا أصول هذا التقسيم بدقة ، ومع ذلك فالرأى المتفق عليه اجماعا تقريبا أنها منقولات . قارن كامل مرسى بك « الملكية والحقوق العينية » . ١ . ٣٢٧ و Surville . ٢٨٦ .

(٣) وذلك ان وجدت اجراءات ، فتجب اذن التفرقة بين موضوع الحقوق التى ينظمها تشريع بلد الأصل ، واجراءات الاستفادة من هذه الحقوق وينظمها قانون بلد التداول . وبهذه المناسبة نقول انه بالنسبة لهذا النوع من الملكية لا توجد اجراءات واجبة لاتباع فى مصر .

سابقة فلا مناص من الأخذ بها^(١) . ولكن اذا زادت الحماية المقررة بقانون بلد الأصل عن نظيرتها المقررة في القانون المحلى في البلاد الأخرى فلا يؤخذ بها بل تتبع أحكام هذا القانون الأخير ، لأن المؤلفين الأجانب لا يمكنهم أن يطمعوا في حماية أكثر من المؤلفين الوطنيين^(٢) ، كما تتبع أيضا أحكام هذا القانون لتحديد معنى الملكية الأدبية والفنية ، اذ أن نكيف هذه الحقوق بالوصف السالف أمر لا بد منه كي تمكن حمايتها ، فاذا لم يوصف عمل الشخص بأنه مقرر للملكية أدبية أو فنية لمصلحته فلا محل للحماية التي يطلبها . وأستلفت الأنظار بهذه المناسبة الى أن قانون الملكية الأدبية والفنية في مصر لم يروضح النهار بعد ، وما زال في دور التحضير ، ولم يمنع ذلك المحاكم المختلطة والأهلية من الاهتداء بقواعد العدالة وأحكام التشريعات الأجنبية^(٣) .

وتسرى الأحكام السالفة المتعلقة بالملكية الأدبية أيضا على الملكية الصناعية^(٤) والتجارية مع اختلاف طفيف يرجع الى وجوب تسجيل الاختراع دائما أمام محكمة الجهة التي سيستعمل فيها . فاتباع الاجراءات المقررة في قانون البلد الأصلي لا يكفي وحده^(٥) .

(١) انظر ٨ مايو ١٨٨٩ . م . ت . م . ١ . ١١٠ . ٣ يناير ١٩١٧ . م . ت . م .

٢٩ . ١٣٣ . وقد أشار اليهما Messina في كتابه . ٢ . ٤٦ . وانظر Weiss . ٥٦٧ .

(٢) فاذا كان القانون الأجنبي يشير بحماية أقل اتبع . قارن ٢٣ ابريل ١٩١٩ . م . ت . م . ٣١ . ٢٦٤ .

(٣) انظر Messina . ٢ . ٤٢ . وما بعدها .

(٤) انظر Messina . ٢ . ٤٩ . حيث أشار الى ما يجري في العمل من ايداع الرسومات وغيرها في قلم الكتاب مما يثبت الاختراع وذلك بقصد اعطاء تاريخ ثابت للعمل حتى يمكن الحكم بالتعويض عند ثبوت التقليد في تاريخ لاحق ، انظر حكم ٢٣ ابريل ١٩١٩ السابق الاشارة اليه .

(٥) انظر Messina . ٢ . ٤٦ . هامش (٤) حيث أشار الى أحكام كثيرة ، وكذلك Weiss . ٥٦٩ — ٥٧٢ . ومختصر دالوز . ٤٠٣ .

٢٨٦ — ومن المنقولات المعنوية الديون ، فما هو القانون الذي يحكمها ؟ إذا كانت هذه الديون ناشئة عن التزامات تعاقدية فالقانون الذي يحكمها عادة هو قانون ارادة المتعاقدين كما سنعرفه ، أما اذا كانت ناشئة عن أفعال ضارة فقد رأينا أنها محكومة بالقانون المحلي . ولكن اذا نظرنا الى الديون باعتبارها منقولات معنوية كالسندات والأسهم الخ ، فان القانون الذي يحكمها هو قانون موقعها أسوة بالمنقولات المادية ، ولكن أين هو موقعها ؟ في الأمر خلاف قديم ، اذ قال البعض بتفضيل قانون موطن المدين ، وقال آخرون بتفضيل قانون موطن الدائن .

والواقع أن الدين كما يؤثر في ذمة المدين يؤثر أيضا في ذمة الدائن ، هذا من الوجهة الخاصة ، أما من الوجهة العامة فمن المعلوم أن للديون الشخصية تأثيرا في العلائق التجارية بين بلدي الدائن والمدين ان اختلفا جنسية . والراجح هو اتباع قانون موطن المدين في كل ما يتعلق بالدين من حوالة وحجز ما للمدين لدى الغير ورهن^(١) ... الحققانون موطن المدين هو الأكثر حماية للدائنين الذين يظهرون فيما بعد^(٢) . هذا مع ملاحظة أن السندات لحاملها تعامل معاملة المنقولات المادية^(٣) . وكذلك اذا وردت نصوص خاصة بشأن السندات الاسمية كضرورة التأشير في دفاتر الشركة مثلا فلا بد من اتباعها لأن هذه

(١) ويرى البعض مع ذلك تطبيق قانون الدائن لصحة الحوالة . Surville . ٢٨٠ ومن رأى الأستاذ أن نصوص التشريع الفرنسي المدني ١٦٩٠ ، ٢٠٧٥ بشأن حوالة الديون ورهنها نصوص اقليمية تسرى على الجميع بالنسبة للعمليات التي تتم في فرنسا . عكس ذلك Pillet . ١ . ٧٦٠ و Pillet-Niboyet . ٨٢١ على أنه فيما يتعلق بالشكل فانه يتبع اجراءات المحل وفقا لقاعدة Loos انظر ١٨ نوفمبر ١٩٣١ . م . ت . م . ٤٤ . ١٤ .

(٢) انظر مختصر دالوز ٤٠٤ .

(٣) وقد نظمت في فرنسا بتشريع خاص صادر في ١٥ يونيو ١٨٧٢ وهو هام من حيث السرقة والضياع ، اذ لو سرقت وبيعت في الخارج فهنا التصرف لا يسرى في نظر المحاكم الفرنسية ، في مواجهة مالكيها الحقيقي . راجع حكم قضاة فرنسي ٢٢ ديسمبر ١٩٢٦ . سيرى ١٩٢٨ . ١ . ٣٤٣ وتعليق من Niboyet ، وبالنسبة للتشريع البلجيكي راجع Pouillet . ٥٤٠ وما بعدها .

الشروط ملحقة بالسند فلا يتداول الا بها .

المبحث الخامس

في

تطبيق قانون ارادة المتعاقدين

٢٨٧ — في جميع أحوال تطبيق القانون الأجنبي التي تناولناها بالشرح لم يكن لارادة المتعاقدين دخل بطريقة مباشرة ، في تحديد ذلك القانون . فقانون الجنسية يحكم جميع الحقوق والالتزامات العائلية وكذلك بعض الالتزامات المدنية الأخرى ، والقانون المحلى يحكم أشكال التصرفات والالتزامات الناشئة عن الأفعال الضارة كما أنه ينظم بعض المهن من وجهة القانون الخاص تنظيماً قانونياً ، وقانون موقع المال يحكم الأموال المنقولة أو العقارية من حيث هي في الحدود التي بينها ، كل ذلك بغير دخل لارادة المتعاقدين ، ولكن نعرض هنا لأحوال أخرى يطبق فيها القانون الأجنبي لا لسبب سوى أن المتعاقدين قد اختاراه بمحض ارادتهما^(١) .

٢٨٨ — و يحكم قانون ارادة المتعاقدين الالتزامات التعاقدية لأن غيرها من الالتزامات محكوم بقوانين أخرى ، فالالتزامات التعاقدية هي النطاق الطبيعي للأخذ بقانون ارادة المتعاقدين . وأساس تطبيق هذا القانون هو وجوب احترام ارادة المتعاقدين حسبما هو مقرر في مبدأ كفاية الارادة .

ومن المشاهد أن المشرع قد حمى الأشخاص بتطبيق قانون جنسيتهم على أحوالهم الشخصية والتزاماتهم العائلية ، وحمى ثرواتهم بتطبيق قانون موقع المال ، على أموالهم ، وحمى أرواحهم ومصالحهم بتطبيق القانون المحلى ، ونسجاً على هذا

(١) قارن Surville . ٣٢٠ — ٣٢١ حيث يقرر أن البحث هنا لا علاقة له بنطاق الأحوال الشخصية أو العينية إذ أننا في نطاق الارادة وقتها . وكذلك Savigny . ٨ . ١١٢ .

المنوال فانه حمى ارادتهم واحترمها عن طريق أخذه بالقانون الذى يختارونه لتنظيم الآثار المترتبة على عقودهم أى التزاماتهم التعاقدية .

٢٨٩ — فاذا بحثنا فى مجموعات الأحكام المصرية ، وعلى الأخص المختلطة منها ، وجدنا أحكاما كثيرة قد أخذت بالقانون الأجنبى الذى اختاره الطرفان لحكم علائقهما ^(١) ، فتارة نجد القانون اليابانى وأخرى القانون الفرنسى والقانون الأمريكى ، وعلى الأخص التشريع المعروف باسم Harter act المتعلق بالشحن البحرى ، اذ اعتاد أصحاب المصلحة اختياره لما فيه من تنظيم ملائم بشأن اشتراط عدم المسئولية .

٢٩٠ — ويرجع تاريخ مبدأ كفاية الارادة الى أيام Dumoulin حيث قال به لكى يمنع تطبيق قانون موقع المال على العقارات المملوكة للزوجين اذا وجدت فى مقاطعات مختلفة ، فتخضع هذه العقارات كلها فيما يتعلق بمشارطة الزواج لقانون واحد ، هو القانون الذى اختاره الزوجان ، فقانون ارادة المتعاقدين ينطبق على العقارات حتى ما كان موجودا منها خارج الاقليم . ولا شك أن هذا الحكم فى مصلحة الزوجين كما أنه أيضا فى مصلحة الغير . ولكن مع ذلك لم يلق مبدأ كفاية الارادة رواجا كبيرا عند خلفاء Dumoulin الى أن ظهر Savigny فبحث فيه الحياة من جديد ، ومن ثم عنى به الكتاب ، وقد رأينا أن Savigny جعل لارادة أصحاب المصلحة دخلا كبيرا فى تحديد القانون الواجب التطبيق على العلائق القانونية ذات العنصر الأجنبى ، وأن Mancini من بعده جعل هذا المبدأ ركنا من أركان نظريته ، ولقد تابع القضاء هذه الحركة فجعل لقانون ارادة المتعاقدين مكانة ممتازة ^(٢) .

(١) ولقد رأينا فيما مضى تطبيق ذلك بشأن مشارطات الزواج المالية كما فى قضية البرنس محمد جمال الدين . وانظر مؤلف F. Montier وموضوعه تفسير Harter act . ١٩٣٢ .
(٢) وقد أخذت بهذا المبدأ تفسيرات كثيرة ، أحدثها التشريع البولونى الصادر فى ١٩٢٦ (المادة السابعة) وكذلك التشريع الايطالى فى المادة التاسعة . راجع Makarov . ٢٨٠ . و Pillet-Niboyet . ٧٩٢ وما بعدها .

٢٩١ — ولقد أدت أبحاث الكتاب بشأن المبدأ السالف ، الى ظهور ضرورة التفرقة بين النصوص الآمرة التي لا يصح الاتفاق على خلافها ، والنصوص الخيرية المكاملة التي يمكن للمتعاقدين أن يغيروا من أحكامها حسبما يترأى لهما . وهذه التفرقة متفق عليها بالنسبة للعلائق الوطنية أى الداخلية . فان كانت العلائق أجنبية في أحد عناصرها فهل يتيسر الأخذ بها ، بمعنى أنه لا يسوغ للمتعاقدين الاتفاق على عكس نص آمر داخلي ؟ من المتفق عليه أن هناك نصوصا آمرة داخلية لا يمكن الاتفاق على خلافها أيضا في العلائق الأجنبية ، فمثلا سن الرشد في مصر تتحدد بـ ٢١ عاما فلا يجوز الاتفاق بين المتعاقدين على أن المصرى يعتبر بالغاً رشده وفقا لأحكام تشريع أجنبي يحدد سن الرشد بثمانى عشرة عاما ، مثل هذا الاتفاق يكون مخالفا لقاعدة الاسناد المصرية الواردة في المادة ١٣٠ / ١٩٠ م . ا . م . ولكن ليس هناك ما يمنع من أن يعتبر الأجنبي أهلا في سن أقل من ٢١ عاما وفقا للتشريع الأجنبي الذى يخضع له .

فمن المحتمل اذن أن يكون اتفاق الطرفين محكوما بقانون أجنبي بناء على اتفاقها الصريح أو الضمنى ، وأن يكون ضمن أحكام هذا القانون ما يخالف أحكام التشريع المصرى الداخلية الآمرة . ومن ذلك ما قضت به محكمة الاستئناف المختلطة من أنه اذا كان كاتب السند تحت الاذن وحامله ايطاليين فليس للأول أن يتمسك ضد الثانى بالربا الفاحش ، وذلك لأن القانون الايطالى الذى يحكم تعاقدما لا يضع حدا بالنسبة للفوائد ، وعلى ذلك لا يجوز ابطال الاتفاق^(١) . وكذلك قضت المحاكم الفرنسية بجواز اشتراط الدفع بالذهب ، اذا كان هذا الشرط صحيحا بمقتضى القانون الأجنبى الذى اختاره المتعاقدان ، مع أن هذا الشرط باطل وفقا للتشريع الفرنسى^(٢) . فالظاهر اذن أن النصوص الآمرة

(١) حكم محكمة مصر الابتدائية المختلطة ٨ نوفمبر ١٩١٣ . جازيت . ٤ . ٦٧ وقارن ١٢ فبراير ١٩١٤ . م . ت . م . ٢٦ . ٢٢٥ .

(٢) انظر حكم النقض الفرنسى فى سبرى . ١٩٢٨ . ١ . ١٦٤ و ١٩٣٠ . ١ . ٤١ ومختصر دالوز ٤٠٩ — ٤١٢ .

الداخلية تفقد أحيانا قوتها بالنسبة للعلائق ذات العنصر الأجنبي^(١). وهذا لا ينفي طبعاً أن منها ما يتحتم الأخذ به أيضاً في ذلك النطاق إذا ما تعلق بالنظام العام أو بالآداب في بعض الأحيان. فإذا كان اتفاق الطرفين على تحكيم قانون أجنبي من شأنه الأخذ بأحكام مضادة للنظام العام المصري فإنه لا يؤخذ به أصلاً أما إذا خالف الآداب فالمسألة محل نظر^(٢). فكما ان مبدأ كفاية الإرادة مقيد بقيود في العلائق الداخلية، كذلك فإنه توجد قيود مماثلة فيما يتعلق بالعلائق الخارجية، ولكن نطاقه على أية حال يختلف. ويحصل أحيانا أن يكون النص الأمر مقيداً لإرادة المتعاقدين في العلائق الوطنية والأجنبية على السواء كنص المادة ٣٠٢/٢٦٣ م. ا. م بشأن عدم جواز التصرف في التركات المستقبلية. والمادة ١٩٠ تجارى بحرى مختلط بشأن عقد التأمين البحري^(٣). ويمكننا أن نقرر بصفة عامة أن نطاق مبدأ كفاية الإرادة أوسع في العلائق ذات العنصر الأجنبي، وعلة ذلك ترجع إلى أن المقصود تشجيع الاتجار والعلائق الاقتصادية الدولية^(٤)، وهذا لا ينفي أنه مقيد بعدم مخالفة النظام العام حسبما هو مقرر في قانون القاضى^(٥).

(١) كما هي الحال بشأن النصوص المتعلقة بسيوب الرضا والسبب في التصرفات القانونية. فارن Surville . ٢٥٩ . ومؤلفنا قبله ١٢٩ .

(٢) كما رأينا في مسألة الربا الفاحش والمخالفة للآداب تعامل معاملة أقل شدة. وكذلك تعرض المسألة فيما يتعلق « بدفع المقامرة exception de jeu » إذ لا يعتمد وفقاً لبعض التشريعات انظر Surville . ٣٦٠ . إذ يرى عدم مشروعية الأخذ بالقانون الأجنبي في هذه الحالة .

(٣) ومن هنا يتبين أن وجود القانون المختلط في مصر قد خفف كثيراً من الصعوبات السابقة . ١٢ مايو ١٩٢٤ المشار إليه هنا .

(٤) انظر مختصر دالوز . ٢٥٥ و ٤٠٩ .

(٥) انظر Surville ٣٥١ و ٣٦٨ . وفارن Makarov . ٢٨٣ . ويقرر أن المسألة خلافية وأن قيود هذا المبدأ يمكن أن تهرأ اما بقانون محل حصول العقد أو بقانون بلد التنفيذ أو بالقانون الشخصى للمدين ، دون الإشارة إلى قانون القاضى الذى نعتبره أولى بالتطبيق لتحديد النطاق السالف . إذ نعتبر أن ذلك التحديد مسألة متعلقة بالتكييف . وفارن حكم =

٢٩٢ — والمجال المعتاد للأخذ بقانون ارادة المتعاقدين هو الالتزامات التعاقدية . ومع ذلك فقد رأينا أنه اذا كان موضوع الالتزام نقل ملكية عقار أو منقول ، أى مال على العموم فانه يؤخذ بقانون موقعه وقت التصرف ، واذا كان موضوعه الالتزام بدفع مبلغ معين أى دين وهو منقول معنوى أخذ عادة بقانون موطن المدين ، فلا يبقى لقانون ارادة المتعاقدين سوى الالتزامات التعاقدية بعمل أو بامتناع أو بتسليم .

٢٩٣ — فاذا أظهر المتعاقدان ارادتهما صراحة في اختيار قانون أجنبي أخذ بأحكام هذا القانون ما دامت لا تخالف قواعد النظام العام أو الآداب في قانون القاضى . وكذلك تعتبر الارادة الضمنية ، أى الارادة المستفادة من الظروف والأحوال التى تحيط بالتعاقد . وتطبيقا على ذلك حكمت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه اذا تمت عملية بيع آجل في بورصة اسكندرية ، واشترط في العقد تحكيم لجنة شركة المحاصيل العمومية في الاسكندرية ، فان هذا العقد يكون خاضعا لأحكام القانون المختلط ولو أن الطرفين كانا من جنسية واحدة (وفى القضية الجنسية اليونانية)^(١) . والأحكام كثيرة فى الأخذ بارادة المتعاقدين الضمنية . وهناك أحكام أخرى بشأن اشتراط الدفع بالذهب فى مضر^(٢) .

٢٩٤ — والواقع أن المتعاقدين لا يتفقان عادة صراحة على القانون الواجب التطبيق بل يحصل أنهما لا يفكران فى الأمر أصلا ، على الأخص من حيث احتمال

= محكمة اسكندرية التجارية المختلطة الصادر فى ١٢ مايو ١٩٢٤ . جازيت ١٤٠ . ٣٦٦ واستئناف مختلط ٢٣ ديسمبر ١٩٢٥ . م . ت . ٣٨ . ١٣٣ ويرى آخرون تطبيق القانون الذى اختاره الطرفان . دالوز . ٢٥٤ .

(١) ٢٩ مايو ١٩٠١ . م . ت . م . ١٣ . ٣٣٧ ، ويلاحظ أن التشريع اليونانى يبطل البيع فى هذه الحالة لأنه لا يقر المضاربة . قارن Makarov . ٢٨٨ والتشريع البولونى المادة السابقة التى تجعل تطبيق قانون محل حصول العملية ملزما هنا .

(٢) وبعضها منشور فى مجموعة بـسـطـوروس تحت المادة ١٩٩ . قارن قانون ٢ مايو ١٩٣٥ وقرر المادة الأولى منه « تبطل شروط الدفع ذهباً فى العقود التى يكون الالتزام بالوفاء فيها ذا صبغة دولية » .

الخلاف ، وما يؤدي اليه ذلك من تنازع بين تشريعات مختلفة فما هو القانون الذي يحكم العقد في هذه الأحوال التي لا تعرف فيها ارادة المتعاقدين الصريحة ولا الضمنية ؟ اختلفت في ذلك الآراء ^(١) ، ولكن مع ذلك يكاد يكون من المتفق عليه الأخذ بقانون ارادة المتعاقدين المفترضة ^(٢) . أى انه يؤخذ بالقانون الذي يفترض أن الطرفين قد يرغبانه لو كانا قد فكرا في الأمر ، ولكن ما هو هذا القانون ^(٣) ؟ اذا رجعنا الى أحكام المحاكم المختلطة وجدنا أنها لا تسير على وتيرة واحدة ، فمنها ما قضى بأن الاتفاق الحاصل بين أشخاص مختلفي الجنسية يكون خاضعا لحكم القانون الاقليمي وهذا الاستعمال خاطيء للدلالة على قانون الجهة التي تم فيها العقد ^(٤) . وحكم أيضا بأنه اذا كان العقد قد تم في الخارج وكان واجب التنفيذ في مصر فانه يكون خاضعا لأحكام القانون المختلط *lex loci solutionis* والعكس صحيح ^(٥) . أما اذا كان العقد قد تم بين أشخاص متحدى الجنسية فانه يكون خاضعا لقانون جنسيتها ^(٦) ، ومع ذلك قضى بأنه يؤخذ في مثل هذه الحالة بقانون محل العقد

(١) قارن *Surville* . ٣٢٢ حيث يقرر أن نص المادة ١١٥٩ م . ف . يشير ضمنا باتباع قانون جهة تمام العقد عند الاختلاف على تفسير شروطه ، فهذا النص الداخلي يمكن تقرير حكمه بالنسبة للعلائق ذات العنصر الأجنبي . وقد اتفق الأستاذ هذا الرأي . ٣٢٣ . وقارن حكم استئناف مخطط ٩ يونيه ١٩٢٧ م . ت . م . ٣٩ . ٥٤٨ .

(٢) *volonté présumée* لا الضمنية *implicite, tacite* وهناك تطبيق هام في حكم جديد صادر من محكمة استئناف اسكندرية المختلطة في ١١ ابريل سنة ١٩٣٥ مصر القضائية عدد ١٦ يونيه سنة ١٩٣٥ . ٦٠ .

(٣) وقد أثارَت المسألة الخلاف عند المشرعين الذين قرروا مبدأ قانون ارادة المتعاقدين بنصوص خاصة فيشير التشريع الايطالي بتطبيق قانون الجنسية كقانون احتياطي ، ويشير المشرع الياباني بتطبيق قانون محل العقد ، وتجمع مجموعة *Bustamante* بين القانونين السالفين (المادتين ١٨٤ و ١٨٦) . راجع *Makarov* ٢٨١ .

(٤) انظر أول مايو ١٨٧٩ . بسطوروس ١ . ١٢ . نبذة ٦٥ وكذلك نبذة ٦٧ .

(٥) قارن *Savigny* . ٨ . ٢٠٣ ويظهر أن هذا الرأي هو الذي تسير عليه المحاكم

السويسرية انظر *Clunet* . ١٩٢٣ . ٤١٦ .

(٦) انظر *Surville* . ٣٣٤ حيث يدخل عامل الوطن أيضا في التقدير .

Iex loci contractus فإذا قضى هذا القانون بأن الكفالة في الأصل تضامنية أخذ بهذا الحكم بناء على اتباع قانون ارادة المتعاقدين .
وقد اتبعت المحاكم الفرنسية ^(١) نفس المسلك مما دعا الى انتقادها من جانب الكتاب ^(٢) .

وفي اعتقادي أنه يصعب اخضاع مختلف العقود لأحد القوانين السابقة دون الأخرى ، لأن لكل منها مبررات معقولة ، ويكون من الأوفق اذن بحث كل حالة على حدة فيطبق على العقد القانون الأكثر ملاءمة ما دام المقصود هو تحقيق أغراض عملية اقتصادية .

٢٩٥ — فإذا قلنا ان العقد يخضع لحكم قانون معين فهل معنى ذلك أن هذا القانون يحكمه من جميع النواحي ؟ أثارت هذه المسألة الخلاف بين الكتاب فمنهم من قال بضرورة اخضاع العقد لحكم قانون واحد بصفة أصلية ^(٣) مع ملاحظة بعض الاستثناءات في الشكل مثلاً ، أو الأهلية ، وكذلك التنفيذ فإنها تخضع لقوانين أخرى . ولكن أغلبية الكتاب تقرر أن العقد لا يخضع لقانون واحد بل تجزئ العقد وتخضع كل جزء لحكم قانون معين على النحو الذي سأبينه حالا . فأهلية المتعاقدين تخضع لقانون جنسيتها وشكل العقد يخضع لقانون بلد ابرامه ، ووجود الرضا يخضع لقانون المحكمة باعتباره مسألة متعلقة بالوقائع ، أو لقانون شكل العقد اذا كان لا بد للرضا من مظهر خاص ، وكيفية الاثبات تخضع لنفس القانون الذي يحكم الآثار وهو قانون ارادة المتعاقدين ، ولكن قام

(١) أما المحاكم الألمانية فتجري على تطبيق قانون بلد التنفيذ باعتباره قانونا احتياطيا .
راجع Makarov . ٢٨٢ .

(٢) قارن Pillet-Niboyet ٨١٢—٨١٦ . والمجلة ١٩٢٦ . ٣١٥ .

(٣) Lerebours-Pigeonnière . ٢٥٣ . ويعتقد أن تجزئة العقد على هذا النحو مخالفة لطبيعة الأمور لأن أجزاء العقد والالتزامات الناجمة عنه متماسكة فإذا فصلناها وأخضعنا كلا منها لقانون معين فانه ينهض ضياع التجانس اللازم وجوده بينها .

الخلاف حول عيوب الرضا ، فيرى البعض أنها تخضع لقانون ارادة المتعاقدين ^(١) ويرى آخرون اخضاعها لقانون الوطن ^(٢) ويقول الأستاذ Bartin ^(٣) بتطبيق قانون جنسية المتعاقدين لأن القواعد الخاصة بالرضا قواعد آمرة في القانون الداخلي فلا يمكن تخطيها وتحكيم قانون أجنبي بشأنها ، ويضاف الى ما تقدم أنه يصعب امكان تصور اختيار قانون أجنبي اذا كان الرضا معيبا من أول الأمر ، ونحن نقر الرأي الأخير ^(٤) .

أما من حيث القانون الذى يحكم صحة موضوع الالتزام أو سببه فهو قانون القاضى ، فهذا القانون الأخير هو الذى يبين لنا ما اذا كان موضوع الالتزامات أو سببه مشروعين أو لا . وتطبيقا على ذلك حكمت المحاكم المختلطة ^(٥) ببطالان الاتفاق الحاصل فى الخارج بشأن تهريب أسلحة الى مصر ، لأن هذا الأمر ممنوع بمقتضى القوانين المصرية ، فالسبب هنا غير مشروع ، كما أن فيه مخالفة لنصوص المعاهدات التجارية ، فلا تصح مقاضاة المشتري أمام المحاكم المصرية ، وهذا لا يمنع من جواز مقاضاته أمام محكمة أخرى ، ولكن فى هذه الحالة لا يمكن أن ينفذ الحكم فى مصر كما سنراه فيما بعد .

(١) Dalloz . ٢٥٣ .

(٢) انظر Pillet . مؤلفه المطول . ٢ . ٢٨٩ .

(٣) انظر مؤلفه ١ . ٧٤ و ٢ . ٨٩٠ — ١١٢ . وقبله ٢٨٩ . وهامش (١)

انظر مقال Clunet. Aubry ١٨٩٦ . ٤٦٥ .

(٤) ويقول Surville برأى عكسى أى بتطبيق القانون الذى يحكم العقد نفسه وحجته فى ذلك أن العاقد الذى يسعى لابطال عقد بناء على خطأ أو عيب آخر من عيوب الرضا مفروض فيه أنه أهل ولكن رضاه هو المعيب وتقدير هذا العيب يخضع للقانون الذى يحكم العقد . ويظهر أنه قد فات الأستاذ أن أساس القانون الذى يحكم العقد ارادة الطرفين ، والارادة لا تكون مفيدة الا اذا كان مظهرها وهو الرضا صحيحا غير معيب . أفلا يعد الركون الى قانون العقد هنا من قبيل المصادرة على المطلوب ؟ انظر مؤلف Surville . ٣٥٣ وقارن آراء Dicey فى الموضوع . ٥٧٢ وما بعدها .

(٥) ٢٧ يونيو ١٩٠٩ . م . ت . م . ٢١٠ . ١٣٦ .

كما أنه يرجع لقانون بلد التنفيذ لمعرفة ما اذا كان موضوع الالتزام
ممكنا^(١) أو لا .

أما من حيث تفسير العقد فإن العبرة بنية الطرفين (١١٥٦ م . ف) فإن
كانت الألفاظ المستعملة في العقد مكتوبة بلغة أجنبية وجب تفسيرها طبقا للمعنى
الاصطلاحي والقانوني المقرر لها في تلك اللغة ، وهذا ما قضت به محكمة الاستئناف
المختلطة .

وأخيرا فإن قانون العقد لا يحكم سوى آثاره^(٢) وكذلك انقضائه .
ولقد أثارت مع ذلك مسألة التقادم المسقط الخلاف ، فيرى البعض اخضاعها
لقانون القاضى لتعلق التقادم المسقط بالنظام العام ، أى أن النص الموجود في قانون
القاضى بشأنه يعتبر متعلقا بالبوليس فهو اقليمى (المادة ٣ / ١ م . ف والمادة
١٠ م . م) ويضيفون الى ما تقدم ان التقادم المسقط انما يستفاد منه عن طريق
الدفع المسقط للدعوى أى أنه متعلق باجراءات قبول الدعوى ، ومن المتفق عليه
أن نظام الدعوى خاضع لقانون القاضى . على أن الراجح هو اتباع نفس القانون
الذى يحكم العقد ، لأن اتباع رأى السالف من شأنه التأثير في حقوق الأخصام
إذا ما تيسر لأحدهم تغيير الاختصاص بتغيير موطنه مثلا ، ويضيفون الى ما تقدم
أن ضمن أسس الأخذ بالتقادم المسقط هو احتمال الوفاء أى أن التقادم المسقط
قرينة على الوفاء بالالتزام ، وهذا الأخير ناجم عن العقد فيخضع لنفس القانون

(١) ويضرب الأستاذ Valéry مثلا لذلك بيع صيدلية موجودة في فرنسا لانجليزى في
انجلترا اذا كان هذا الانجليزى لا يحمل دبلومة تبليغ له الاشتغال في فرنسا وان كان يمكنه
الاشتغال في انجلترا . أو من يستأجر عمالا للعمل في بلاد أيام الأحاد بينما العمل محرم فيها بمقتضى
تشريعها الظر مؤلفه . ٩٦١ نبذة . ٦٦٤ .

(٢) راجع في التفرقة بين الآثار الأصلية *Effets* والآثار العرضية *Suites* مؤلف *Surville*
٣٥٥ . وقارنه بما وجدناه في نظرية *Bartole* . انظر قبله . ١٠١ وكذلك مختصر دالوز .
٤٠٦ .

الذى يخضع له العقد^(١) .

وقد بحث مسألة القانون الذى يحكم العقد أمام المجمع العلمى الدولى فى لاهى سنة ١٩٢٥ وفى لوزان سنة ١٩٢٧ ولكن لم يتيسر الاتفاق عليها .

٢٩٦ — والأحكام السالفة كلها تنطبق اذا ما كان العقد قد تم بين حاضرين ولكن يحصل أحيانا أن تتم العقود بين غائبين أو ما يسمى بعقود المراسلة^(٢) فوقلا لآى قانون يتم العقد اذا كان الطرفان مختلفى الجنسية ؟

من المعلوم أن أهمية هذه المسألة من الوجهة الداخلية تكاد تكون محصورة فى تحديد الاختصاص القضائى^(٣) وحقوق الطرفين وفقا لأحكام النصوص الداخلية ، ولكن بالنسبة لتنازع القوانين فإن أهميتها تتناول أيضا الاختصاص التشريعى اذا اعتبرنا أن القانون الذى يحكم العقد هو قانون الجهة التى يتم فيها . فاذا فرض أن كان أحد المتعاقدين مصريا مقيما فى مصر وقام بعرض على الطرف الثانى وهو ايطالى مقيم فى روما وقبل هذا الأخير العرض ، وصدر فعلا خطاب القبول ، فأى قانون يجب تطبيقه لمعرفة مكان انعقاد العقد^(٤) ؟ اختلفت فى ذلك الآراء ، فقال البعض بتطبيق قانون بلد الاستلام والتصدير système de l'expédition وهو هنا القانون الايطالى ، وهذا ماجرت عليه المحاكم المختلطة^(٥) ، فالعقد فى المثل السابق يخضع من حيث تكوينه للقانون الايطالى . وقال آخرون بتطبيق قانون بلد الموجب فاتبعوا مذهب العلم والأخبار

(١) راجع Lerebours-Pigeonnière . ٤٠٨ و Dicey . ٦١٥ و Pouillet . ٥٨٩ وما بعدها .

(٢) ويلحق بها العقود التى تتم بالتلفون .

(٣) انظر أحمد نجيب الهلالى بك « البيع » . ٦٧ .

(٤) ويلاحظ هنا أن المسألة تصورية بحجة نظرا لغياب كل من العائدين .

(٥) وكذلك أخذ بهذا رأى كثير من رجال الفقه وأحكام المحاكم الفرنسية انظر Sarville

٣٤٠ هامش وهو يؤيد هذا رأى . ٣٤٢ وقارن السهورى « الالتزامات » . ٢٩٩ .

systeme de la réception أى أنه فى النزاع السالف يؤخذ بالقانون المصرى^(١) . وهذا ما يحصل فعلا لورفع النزاع أمام محكمة ايطالية ، وهكذا تتغير الأمور بتغير المحكمة التى يرفع إليها النزاع وغير خاف مقدار تأثير ذلك فى حقوق المتعاقدين من حيث الرجوع فى العرض أو سحب القبول^(٢) الخ . . .

ازاء هذا التعارض رأى بعض الكتاب الأخذ بالقانون الذى يؤجل وقت تمام العقد عن غيره وفى المثل السابق القانون الايطالى ، فيؤخذ به حتى لورفع النزاع أمام محكمة ايطالية . واقترح آخرون الأخذ بقانون العاقد^(٣) الذى له الدور الظاهر فى تكوين العقد ، ويضربون مثلا لذلك بالانجليزى الذى يطلب من شركة بواخر فرنسية حجز محل له فى مركب تغادر فرنسا الى أمريكا ، فان هذا العقد يخضع من حيث تكوينه للقانون الفرنسى ، لأن الدور الهام هنا فى العقد للشركة نظرا لما تقوم به من اعلان ، ولو أن الموجب هو الانجليزى . ولم يصادف هذا رأى نجاحا كبيرا . وأما رأى الذى صادف نجاحا أكبر عند رجال الفقه هو الذى قال به الأستاذ Valéry^(٤) ومقتضاه تطبيق قانون المحكمة المرفوع إليها النزاع .

وعندنا أن مسألة تكوين العقد بين العاقدین كغيرها من المسائل المتعلقة بالعقد تخضع للقانون الذى اختاره الطرفان صراحة أو ضمنا على التفصيل الذى ذكرناه .

٢٩٧ — فاذا كان العقد قد تم بوكيل فانه يخضع لقانون البلد الذى

(١) ولهذا رأى أنصاره أيضا . انظر Surville . ٣٤١ و Laurent . ٧ . ٥٣٥ .

(٢) راجع Surville . ٣٤٤ .

(٣) أى قانون محل اقامته العادية . دالوز . ٤١٥ .

(٤) انظر مؤلفه نبذة ٦٦٠ وقد اتبع رأيه الأساتذة Despagne و Bartin فى فرنسا

و Diona فى ايطاليا . انظر Surville . ٣٤٤ .

حصل فيه رضا الوكيل^(١) ، أما علاقة الوكيل بالموكل فانها تكون خاضعة لقانون البلد الذى تم فيه التوكيل ، وهو عادة قانون موطن الموكل أو التاجر الذى أمضى التوكيل اذا كان التوكيل تجاريا .

٢٩٨ — ومما يتصل بالالتزامات التعاقدية ، الالتزامات شبه التعاقدية كعمل الفضولى أو الأثراء بلا سبب ، فان العلاقة الناشئة عنها بين الطرفين^(٢) تخضع فى الأصل لقانون جنسية الطرفين اذا اتحدت جنسيتهما ، أما فى حالة الاختلاف فيؤخذ بقانون الجهة التى تم فيها العمل المنشئ للالتزام^(٣) . وقد طبقت هذه المبادئ فيما يتعلق بحوادث انقاذ السفن فى عرض البحر ، فانه أخذ بقانون السفينة المنقذة فى حالة اختلاف الجنسية لتنظيم الآثار الناتجة عن هذه العملية^(٤) .

٢٩٩ — وفى النهاية فان الالتزامات القانونية تخضع لحكم القانون الذى أنشأها ، وهذا ما طبقته المحاكم باطراد كما رأينا^(٥) .

(١) وهذا هو رأى الأغلبية وان كان البعض يعتبر هذه الحالة كحالة التعاقد بالمراسلة لأنه بعد تمام العقد يصبح الوكيل خاليا عن أية مسئولية . انظر Surville ٣٤٨ وهامش ٢٢١ ومختصر دالوز . ٤١٥ .

(٢) أما فى العلاقة بين رب العمل والغير فانها تخضع لقانون البلد الذى تم فيه العمل اذا كان رب العمل قد أجاز تصرف الفضولى . Surville . ٣٤٩ .

(٣) قارن Messina . ٢ . ٦٧ .

(٤) انظر Messina . ٢ . ٦٨ .

(٥) راجع قبله . ١٥٨ .

الفصل الرابع

في

موانع تطبيق القانون الأجنبي

تمهيد

٣٠٠ — تعين قواعد الاسناد الوطنية القانون الواجب التطبيق على العلاقة القانونية ذات العنصر الأجنبي . وكما يصح أن يكون هذا القانون أجنبيا يصح أيضا أن يكون قانون القاضي . ومن الطبيعي أن يعمد القاضي الى الأخذ بأحكام التشريع الذي تشير به قواعد الاسناد ، ومع ذلك فمن المتفق عليه أنه اذا كان هذا التشريع أجنبيا ، فانه يحتمل وجود موانع تمنع من الأخذ بأحكامه ، فما هي ؟ هذه الموانع ثلاثة ترجع الى الأخذ اما (ا) بفكرة النظام العام (ب) أو بفكرة الغش نحو القانون (ج) أو بفكرة المصلحة الوطنية .

ومقتضى هذه الموانع الثلاثة استبعاد تطبيق القانون الأجنبي وتطبيق القانون الوطني بدلا عنه في أغلب الأحوال ، أي أنها ترمى في الحقيقة الى تغليب اقليمية القوانين عن طريق الأخذ بالأحكام الوطنية التي تنطبق في العلائق الوطنية والعلائق الأجنبية في هذا النطاق على السواء .

والواقع أنه توجد موانع أخرى تمنع من الأخذ بأحكام التشريعات الأجنبية ، وقد رأينا تطبيقات لها عند الكلام في نظريتي التكييف والاحالة ، وسنرى فيما بعد أن تطبيق شرط التبادل في تنفيذ الأحكام الأجنبية يترتب عليه أحيانا اهمال حكم التشريع الأجنبي الذي أخذ به الحكم المراد تنفيذه ، واستبداله بأحكام تشريع آخر ، وقد يكون هذا الأخير وطنيا أو تشريعا أجنبيا على حسب

الأحوال^(١) .

ولما كانت فكرة النظام العام أكثرها أهمية ، نظرا لاعتبارات كثيرة ،
أخصها عدم تقيدها بنطاق محدود ، لذلك نبداً بها .

المبحث الاول

في

النظام العام^(٢)

٣٠١ — أشرت فيما مضى الى فكرة النظام العام ، والى أهميتها في
القانون الدولي الخاص ، وسأتناولها هنا بالايضاح الكافي . وانى أستلفت الأنظار
منذ البداية الى أن فكرة النظام العام عسيرة التحديد لغموضها ، وقد تناولها
الكتاب بالبحث ، فأسهبوا في ذلك كل الاسهاب دون أن يتفقوا مع الأسف لا
على تعريفها ولا على نطاقها ، بل اشتد بهم الخلاف حتى وصل الى اسمها^(٣) ، فمن
الكتاب من يعمد الى تسمية خاصة ، ويحصل أن يعدل عنها في الفصول المختلفة
من مؤلفه ، متبعا تسمية أخرى . ويضيق نطاق هذا السفر عن بحث الخلافات
الواسعة ، وانما نشير اليها للدلالة على أهمية هذه الفكرة علما وعملا .

٣٠٢ — وفي مصر ، كما في سائر الدول الأخرى ، تأخذ المحاكم بفكرة

(١) ويتحقق ذلك على الأخص في حالة ما اذا كان التشريع الأجنبي لا يبيح تنفيذ الأحكام
المصرية الا بعد مراجعتها من حيث الموضوع . وهذه المراجعة معناها . وجوب تطبيق القانون
الذي تشير به قواعد تنازع القوانين في هذا التشريع . والمعاملة بالمثل في مصر تؤدي الى
احتمال تطبيق أحكام قانون آخر خلاف الذي طبقه الحكم الأجنبي . راجع بعده .

(٢) ومن أهم الأبحاث التي نعتت بشأنها Healy « Théorie générale de l'ordre public » في
مجلة أكاديمية لاهاي ١٩٢٥ . ٧ - ٤ - ٥٧ و Lewald في بحثه « La réglementation de l'ordre
public sur le terrain des traités diplomatiques » في المجلة ١٩٢٨ . ١٤٩ - ١٦٧ و Bartin
في دراساته ١٨٩ - ٢٨٤ و Claps-Lienhart . في رسالته « L'ordre public » . ١٩٣٤ .

(٣) انظر Niboyet . ٥٢٥ و قارن Arminjon . ١ . ١٩٠ و Bartin . ١ . ٢٣٩ .

النظام العام ، فتمتنع عن تطبيق القانون الأجنبي الواجب التطبيق . وقد يكون من الأصوب أن نضرب مثلا عمليا مشتقا من قضية واقعية فصلت فيها المحاكم المختلطة . وموضوع هذا المثل أن يونانيا اعتنق الاسلام بعد أن تجنس بالجنسية المصرية ^(١) ، ثم طلق زوجته بعد ذلك مخالفا أحكام القانون اليوناني الذي يمنعه من الطلاق . فلما عرض أمر صحة هذا الطلاق على محكمة الاستئناف المختلطة قضت بصحته ، فكيف ذلك ؟ قلنا ان وجوب احترام الحقوق المكتسبة ضمن أسس الأخذ بقواعد تنازع القوانين ، وان الحق الذي اكتسب تحت سلطان قانون دولة متمدينة يجب أن يحترم خارجها ، وهنا اكتسبت الزوجة اليونانية الحق في أن لا تطلق لسبب خلاف الأسباب الواردة في قانون الأحوال الشخصية الذي تزوجت تحت سلطانه ، فهذا القانون نفسه هو الذي يرجع اليه لانتهاء عقد الزواج ، ومع ذلك فان المحكمة قد امتنعت عن تطبيق القانون اليوناني وطبقت أحكام الشريعة الاسلامية . ومعلوم أنه وفقا لهذه الأحكام ، يعتبر حق الطلاق معقودا ، في الأصل ، بإرادة الزوج . فحكم الشريعة الاسلامية هو الذي تغلب هنا مع أن القانون الواجب التطبيق في الأصل هو القانون اليوناني . ولا جدال في أن الأخذ بالشريعة الاسلامية أساسه تطبيق فكرة النظام العام ، أي أن النظام العام في مصر يأبى تطبيق التشريع اليوناني في هذه العلاقة ، لأنه يعتبر حكمه مخالفا للمبادئ الأساسية في العائلة ، ومخالفا لما يجب أن يتمتع به الزوج المسلم في بلاد اسلامية من حقوق طبيعية متصلة بصفته كزوج ^(٢) .

(١) ٥ يونيه ١٩٠٧ . ١٩ . ٢٨٥ . وقد سبقت الإشارة اليه في ٢٤٣ ، ٢٥٩ . وفي القضية تجنس اليوناني بالجنسية العثمانية .

(٢) وقد يحصل التساؤل بهذه المناسبة عن حكم الأجنبي الذي يعتنق الاسلام دون أن يجنس بالجنسية المصرية ثم يطلق زوجته بعد ذلك ؟ ولنفرض أن هذا الأجنبي انجليزي ظل محتفظا بجنسيته الانجليزية فهل له أن يطلق زوجته بمحض ارادته كسائر الأزواج المسلمين ؟ الواقع أن الأحوال الشخصية لهذا الشخص تبقى محكومة بقانونه الشخصي وفقا للعادة م . م . وهذا القانون الشخصي هو القانون الانجليزي ومن المعلوم أن هذا القانون لا يبيح الطلاق =

وبالتأمل في هذا المثل نجد أن فكرة النظام العام لا تتعارض في وجودها مطلقا مع وجود نظم شخصية سائدة في مصر^(١). إذ من المعلوم أنه بالنسبة لمسائل الأحوال الشخصية يوجد على الأقل أربعة عشر قانونا مصرية، أو بعبارة أخرى لا يوجد عندنا قانون واحد للأحوال الشخصية يمكن قياس القوانين والنظم الأجنبية عليه لمعرفة ما إذا كانت مخالفة للنظام العام أولا. ولكن الظاهر أن المحاكم المختلطة قد تغلبت على هذه الصعوبة عن طريق اعتبارها نظام الشريعة الإسلامية النظام الغالب فيما يتعلق بالأحوال الشخصية للمصريين، فيرجع إليه لتحديد ما يخالف النظام العام من الأحكام الأخرى، سواء وردت في نظم أجنبية أو في نظم مصرية أخرى على حسب الأحوال^(٢).

٣٠٣ — على أنه يلاحظ مع ذلك أن الاعتراف بصحة الطلاق في القضية التي نحن بصددتها أساسه الحقيقي اسلام الزوج، إذ لولا اسلامه لما وجدت فكرة النظام العام هنا سبيلا. وهذا العامل الديني لا وجود له في قضاء الدول الأوروبية والأمريكية التي تأخذ أيضا بفكرة النظام العام في مسائل الطلاق دون أن تتأثر في ذلك بديانة الزوجين لأنها تشريعات وضعية بحتة. فإذا فرض أن عرضت أمام محكمة ايطالية دعوى طلاق من فرنسي على زوجته، فإنها

== بمحض ارادة الزوج لذلك لا يصح طلاقه خصوصا اذا لاحظنا أن هذا الانجليزى سيظل خاضعا لاختصاص المحكمة القنصلية الانجليزية في هذه المواد.

على أنه يمكن القول من الجهة الأخرى، أن هذا الشخص قد اعتنق الاسلام وبذلك أصبح مسلما مقيما في دار الاسلام فتسرى عليه الأحكام التي تسرى على سائر الأزواج المسلمين. ولهؤلاء حق الطلاق في مصر بمحض ارادتهم، فيجب إذن أن يعامل نفس العاملة تحقيقا للمساواة بين المسلمين في دار الاسلام وهذا الاعتبار الأخير من النظام العام. واتباع هذا الرأي مقتضاه التجانس مع المبادئ الأساسية التي بنيت عليها الاستيازات. ولكن رغم ما تقدم فانا نفضل الأخذ بالرأي الأول لأنه متجانس مع النصوص القانونية في تنازع القوانين.

(١) قارن Pillet-Niboyet . ٥٣٤ وكذلك Arminjon . ١ . ٢١٧ .

(٢) قارن Arminjon . ١ . ٢١٧ و Pillet-Niboyet . ٥٣٤ .

لا تحكم به ولو أن التشريع الفرنسى يجيز الطلاق فى هذه الحالة . وأساس رفض المحاكم الإيطالية لدعوى الطلاق هو تطبيقها لفكرة النظام العام ، اذ الطلاق محرم فى إيطاليا على الإيطاليين فلا يعقل أن يتمتع الأجانب فى إيطاليا بحقوق أوسع من الإيطاليين أنفسهم ، حتى لو كانت هذه الحقوق مقررة بمقتضى قوانين أحوالهم الشخصية ^(١) ، فيعتبر المشرع الإيطالى أن الطلاق متناف مع الاحترام الواجب لعلاقة الزوجية بل يستلزم استمرار هذه العلاقة ، فكل عمل يرمى الى قطعها نهائيا مردول ويجب عدم اقراره . ويتبع الحكم السالف أمام المحاكم الإيطالية من باب أولى لو كان هذا الفرنسى مسلما ، اذ الأحوال الشخصية للفرنسيين تخضع لقانون جنسيتهم بغض النظر عن دياتهم ^(٢) .

وقياسا على ما تقدم اذا عرض أمام المحاكم الفرنسية قضية طلاق بين زوجين أمريكيين لسبب خلاف الأسباب التى يعترف بها المشرع الفرنسى ، فإن المحاكم الفرنسية لا تقضى بالطلاق ^(٣) عادة .

٣٠٤ — وظاهر أن مجال الأخذ بفكرة النظام العام فى مسائل الأحوال الشخصية فى مصر مقيد بقيد هام هو الديانة ، فاذا لم يكن أحد طرفى العلاقة مسلما من أول الأمر ، أو أصبح مسلما بعد ذلك ، فلا يتيسر الأخذ بفكرة النظام العام ، أو بعبارة أخرى لا يمكن استبعاد تطبيق القانون الأجنبى لمصلحة القانون الوطنى ، وهو هنا الشريعة الإسلامية باعتبارها النظام الغالب كما قدمنا . والعلة فى ذلك كما قلتها مرارا ترجع الى تعدد النظم الشخصية السائدة عندنا ، وأن لكل نظام منها ذاتيته الخاصة فلا يتعدى أحدها على الآخر ، ولو كان النظام المعتدى هو الغالب . ومع ذلك اذا حصل تعارض بينها وجب منطقيا الأخذ بالنظام الغالب . وسبق أن أشرت ^(٤) الى أن وزارة الحفانية لم تراعى دائما هذا

(١) قارن رسالة Claps-Lienhart . السابق الاشارة اليها . ١٣٦ .

(٢) قارن Pillet-Niboyet . ٥٢٥ .

(٣) قارن Bartin . ١ . ٢٤١ .

(٤) انظر قبله ٢٤٧ و ٢٤٨ وسنعرض الى هذه المسألة بايضاح أكثر فيما بعد .

المبدأ عند تنازع أحكام المجالس المالية مع أحكام المحاكم الشرعية .

٣٠٥ — ويستفاد مما تقدم أن من المحتمل أن تهمل المبادئ الرئيسية المقررة في الشريعة الإسلامية ، متى كان النزاع بين أشخاص غير مسلمين أجنب كانوا أو مصريين ، فتتقضى المحاكم مثلاً بنصيب من التركة للولد غير الشرعى وكذلك للمتبنى ، مع أن الشريعة الإسلامية لا تقر هذين النظامين القانونيين ، بل وأكثر من هذا فإن الشعور العام في مصر يتأذى من توريث الولد غير الشرعى لما في ذلك من تشجيع للعلاقات غير الشرعية ، ولا شك في أن المشرع المصرى لا يرضى في الوقت الحاضر أن يقر هذه المبادئ حتى لو تحلل من قيد الامتيازات .

وعلى العكس من ذلك فإن ما تبيحه الشريعة الإسلامية من حقوق أو ما ترتبه من التزامات فيما يتعلق بالمسلمين قد تهمله المحاكم الأوروبية فتتقضى وفقاً لتشريعها إذا ما عرض الأمر عليها . فإذا أراد مصرى أن يتزوج زوجة ثانية مسلمة في إنجلترا مثلاً ، فإن زواجه يعتبر باطلاً لمخالفته للنظام العام^(١) . وتتقضى المحاكم الانجليزية بأن طلاق المصرى المسلم لزوجته غير المسلمة لا يقع صحيحاً اذ لم تنطق به محكمة^(٢) ، فيعتبر اذن مخالفاً للنظام العام ، ولو أن الطلاق صحيح وفقاً لقانون موطن الزوج .

٣٠٦ — ويظهر أن أساس الأخذ بفكرة النظام العام ، على العموم ، هو أن النصوص الموضوعية في التشريع الأجنبى الواجب التطبيق تختلف اختلافاً محسوساً مع القواعد الماثلة الموجودة في التشريع الوطنى ، حتى اذ أخذ بأحكام التشريع الأجنبى ، لما جاء الحكم عادلاً في نظر المشرع الوطنى وقضاته^(٣) . وهذا الأساس

(١) انظر قبله ٢٤٩ هامش (٣) والمراجع التى أشرنا إليها هناك .

(٢) وحكم في سنة ١٩٢٤ بطلان الطلاق الحاصل بين اسرائيليين من أهالى الاسكندرية ولو أنه صحيح طبقاً لشريعة طائفتهما Ráp . T . G .

(٣) قارن بحث Clunet . Despagnet . ١٨٨٩ . ٢١٨ .

متصل في الواقع بأساس القانون الدولي الخاص برمته ، اذ عرفنا أن أساس الأخذ بقواعد تنازع القوانين هو وجود دول ذات أنظمة قانونية متشابهة تقوم على مدنية واحدة ومتقاربة . فاذا كان هناك تعارض بين المدينات فلا محل للأخذ بهذه القواعد ، والواقع هنا تعارض بين الأنظمة القانونية . وهذا التعارض ظاهر الى حد أنه يوجب الامتناع عن الأخذ بالأحكام المبينة الأجنبية ، ويقتضى استبدالها بالنصوص الوطنية احتراماً لفكرة النظام العام .

٣٠٧ — وبناء على ما تقدم يمكن تعريف فكرة النظام العام بأنها فكرة يراد بها استبعاد تطبيق القانون الأجنبي لمصلحة القانون الوطني (وهو قانون القاضي) . لذلك اعتبر البعض أن فكرة النظام العام هي بمثابة دفع عام في القانون الدولي الخاص *exceptionis generalis du D.I.P.* يطبقه القاضي من تلقاء نفسه كما يستند عليه الخصام . ومعنى كونه دفعا عاما أن نطاقه ليس محدودا بناحية معينة ، بل في كل مرة تقضى قواعد الاسناد بتطبيق قانون أجنبي ، فان دفع النظام العام متى توافرت عناصره يترتب عليه استبعاد القانون الأجنبي والأخذ بأحكام القانون الوطني ^(١) .

٣٠٨ — وتظهر فكرة النظام العام ، ككل فكرة قانونية أخرى في شكل قواعد ، سواء كانت تلك القواعد تشريعية أو قضائية ، والتنظيم التشريعي لهذه القواعد ضئيل جدا في العادة . وقد أورد المشرع الألماني في المادة ٣٠ من مقدمته نصا قرر فيه « أنه يستبعد تطبيق القانون الأجنبي اذا كان الأخذ بحكمه يؤدي الى مخالفة الآداب أو الأغراض التي يرمى اليها قانون ألماني » ^(٢) . أما

(١) قارن *Bartin* . ١ . ٢٥٨ وكذلك بحث *Weiss* . مجلة معهد القانون الدولي ١٩١٠ . ٤٦٢ حيث يقرر أن فكرة النظام العام تتناول كل مادة القانون الدولي الخاص وكذلك دروس *Lévy-Ullmann* . ١٩٣٥ . ١٧٢ .

(٢) « L'application d'une loi étrangère est exclue quand cette application va à l'encontre des bonnes mœurs ou du but d'une loi allemande » .

راجع *Makarov* . ١٢٥ .

المشرع الفرنسي فقد اكتفى بإيراد النص الوارد في المادة الثالثة مدني بشأن قوانين البوليس والأمن ، وكذلك نص المادة ٦ التي تقرر بطلان الاتفاقات المخالفة للنظام العام والآداب^(١) . وفي مصر سار المشرع المصري على نهج المشرع الفرنسي فأورد حكما مقابلا للمادة ٦ في المادة ٢٨ / ٢ من لأئحة ترتيب المحاكم الأهلية ، وحكما مقابلا للمادة ٣ / ١ في المادة ١٠ م . م . وظهر أن النصوص الفرنسية وبالتالي النصوص المصرية أقل صراحة من النص الألماني السالف الذكر ، ولا يخفى مقدار الغموض بشأن تحديد قوانين البوليس والأمن ، وكذلك تحديد معنى النظام العام والآداب . لذلك نرى ازاء الاعتبارات السالفة أنه يلزم لفهم فكرة النظام العام بالنسبة للعلائق ذات العنصر الأجنبي أن نرجع للقواعد القضائية التي أقرها القضاء في الحالات المختلفة التي فصل فيها .

والخلاصة أنه توجد في النظام القانوني لكل دولة قواعد يطلق عليها قواعد النظام العام وأن هذه القواعد أقوى من قواعد الاسناد ، اذ من المتفق عليه أنه عند التنازع بين هذين النوعين من القواعد تتغلب الأولى^(٢) .

(١) ولنس المادة السادسة الفرنسية لم يذكر شيئا عن القوانين الأجنبية لأنه متعلق بالعلائق الوطنية البحتة . وهذا لا يبنى تطبيق فكرة النظام العام في العلائق الأجنبية فما يكون مخالفا للنظام العام المقرر في المادة السادسة قد لا يكون مخالفا للنظام العام المقرر في القانون الدولي الخاص ، اذ في هذه الحالة لا يصح الاتفاق على خلاف أحكامه ، ليس فقط بالنسبة للفرنسيين بل وأيضا بالنسبة للأجانب . قارن Bartin . ١ . ٢٤٤ . وهذا ما دعا بعض المؤلفين الى التفرقة بين تسميتي النظام العام الداخلي والنظام العام الدولي .

أما قوانين البوليس والأمن فهي لا تتعلق فقط بالقوانين الجنائية بل مقصود بها أيضا القوانين المدنية التي يلزم الأخذ بأحكامها بالنسبة لجميع الأشخاص وطنيين كانوا أو أجانب . والواقع أن هذه القوانين اقليمية من أول الأمر في غالب الأحيان وعلى الأخص اذا تعلقت بنظام الأموال ، أو كانت داخلية في نطاق القانون العام كقوانين تنظيم العمل . قارن رسالة Claps-Lienhart . ١٣٤ وقبله ١٥٧ هامش (٢) ومؤلف Pouillet . ٢٠٤ حيث تجد تحليلا منطقيا واضحا لهذه المسألة .

(٢) فقواعد النظام العام اذن قواعد وطنية وليست قواعد دولية فلا معنى لتسميتها بقواعد النظام العام الدولي لأن هذه التسمية تثير الشكوك حول طبيعتها . قارن Arminjon . ١٩٥ . ١ . ونبحث Aubry المنشور في Clunet . ١٩٠٠ . ٦٩٠ .

٣٠٩ — وفكرة النظام العام في أساسها قديمة^(١) رأيناها عند Bartole
 إذ أنه عند ما تكلم في أثر القوانين خارج الاقليم فرق بين الأحوال المفيدة
 والأحوال المستهجنة ، فلم يبح الأخذ بأحكام هذه الأخيرة بل فضل عليها
 القوانين الإقليمية . وقد ازدهرت هذه الفكرة فيما بعد ، بفضل مجهودات
 Savigny و Mancini ، فأصبح من الثابت الآن أنه لا يمكن اجبار القاضى على
 الأخذ بقانون تتنافى أحكامه مع المصلحة العامة والشعور بالعدالة ، حتى لو أوصت
 بذلك قواعد الاسناد الوطنية .

٣١٠ — وقد اختلف الكتاب حول الطبيعة القانونية لقواعد النظام
 العام ، وأول من عالج هذه المسألة العلامة Savigny قسم قواعد النظام العام الى
 قسمين : الأول — ويحوى القواعد الأشد الزاما^(٢) وهى التى يلزم تطبيقها فقط
 داخل حدود الدولة فلا تتجاوزها الى اقليم دولة أخرى . الثانى — ويحوى القواعد
 المنظمة لأنظمة قانونية أجنبية غير معروفة فى قانون القاضى ولا يقرها هذا الأخير .
 وفى رأى الأستاذ أن القسم الأول من قواعد النظام العام يرتكز وجوده على
 اعتبارات متعلقة بالآداب (وذلك كالقواعد المتعلقة بمنع تعدد الزوجات) أو على
 اعتبارات متعلقة بالصالح العام (وذلك كالقواعد التى تحرم على اليهود امتلاك
 العقارات) . وأما القسم الثانى من القواعد فمثاله الموت المدنى الذى كان موجودا
 فى التشريع الفرنسى فى ذلك الوقت ، أو الرق الذى كان معترفا به فى أمريكا
 حينئذ . فالقواعد المتعلقة بمثل هذه الأنظمة لا تنطبق فى الخارج ، ويعتقد الأستاذ
 أنها فى طريق الزوال . فالأصل عند Savigny هو تطبيق التشريع الأجنبى الذى

(١) راجع فى تاريخ فكرة النظام العام فى خلال العصور المختلفة رسالة Claps-Lienhart

٥٩ — ٥ .

(٢) إذ من المعلوم أن القواعد القانونية كلها ملزمة ، ولكن لما كانت قواعد النظام
 العام ملزمة للوطنيين والأجانب على السواء اعتبرت أشد الزاما وفى الاصطلاح الفرنسى
 rigoureusement obligatoire . انظر Savigny . ٨ . ٣٤٩ و Makarov . ١٢٧ و Bartin .
 فى دراساته . ٢١٧ . وراجع قبله . ١٣٨ .

تقتضيه طبيعة العلاقة القانونية ، ولكن لما كان الأخذ بهذا المبدأ يترتب عليه في بعض الأحوال ضرر بالصالح العام ، فإنه سمح ببعض الاستثناءات دفعا لهذا الضرر^(١) . وأساس الأخذ بهذه الاستثناءات عنده هو عدم وجود التشابه والاشتراك بين الأنظمة القانونية في التشريعين ، ولقد رأينا أن أساس نظريته في تنازع القوانين الاتحاد والاشتراك القانوني بين الدول المسيحية .

٣١١ — ولقد صادفت نظرية Savigny نجاحا كبيرا لدى الكثيرين وعلى الأخص الأستاذ Bartin^(٢) فأقرها وأتى بإيضاحات جديدة لفكرة الاشتراك القانوني أي اتحاد الفكرة القانونية بين تشريعات الدول ، فقرر أن أساس الأخذ بالقوانين الأجنبية هو التقارب في المدنية ، فإذا تباعدت المذنبات وبان أثر ذلك واضحا في النصوص القانونية كان لامناص من إهمال هذه النصوص الأجنبية ، وعندئذ تسترد النصوص الوطنية كامل سيادتها .

وعندى أن الأستاذ Bartin قد بالغ في رأيه لأن الأخذ بفكرة النظام العام ليس معناه دائما أن هناك تفاوتاً كبيراً في المدنية ، فالحاكم الفرنسية ، قد تمتنع عن تطبيق القانون الانجليزي في بعض الأحوال بناء على فكرة النظام العام ، ولم يقل أحد أن معنى ذلك أن المدنية الفرنسية أرقى بكثير من المدنية الانجليزية ! ! ويصلح هذا النقد نفسه بالنسبة للامحاكم المصرية التي امتنعت أحيانا عن تطبيق قوانين الدول الأكثر مدنية ، فقول الأستاذ Bartin صحيح بالنسبة للأمم المتبررة أو أنصاف المتمدينة حيث يطبق نظام قانوني مبني على العادات الأولية فحسب ، أو نظام ديني بحيث يختلف في أساسه كل الاختلاف عن التشريعات الأوروبية ، وعندنا أن التعارض الذي يوجب الأخذ بفكرة النظام العام يحصل

(١) راجع Pillet-Niboyet . ٥٢٨ حيث يقرر أن النظام العام بمثابة دواء Remède ضد الأضرار التي تنجم عن الأخذ بالتشريعات الأجنبية .

(٢) انظر دراساته . ١٩١ و ٢١٧ وما بعدها و Pillet-Niboyet ٥٢٩ — ٥٣٠ حيث تجد نقداً لأفكار Bartin — والفكرة التي يقرها الأستاذ Niboyet وهي مقارنة لرأينا . وكذلك انتقادات Arminjon . ١ . ١٩٨ .

فقط بين بعض الأنظمة القانونية لابين تشريع وآخر برمته (١) .

٣١٢ — وعلى العكس من Savigny فإن Mancini صاحب النظرية الإيطالية الحديثة اعتبر أن قواعد النظام العام قواعد أصلية وأساسية لا ينظر إليها كقواعد استثنائية تمنع من تطبيق القانون الأجنبي بل نظر إليها كعنصر أساسي من عناصر الوضع الطبيعي للأشياء (٢) ، فكما أن قانون جنسية الأشخاص هو الذى يحكم علاقتهم فإن هناك قواعد فى قانون القاضى لابد أن تحكم جميع العلائق بغير تمييز بين الوطنيين والأجانب ، فقانون جنسية الأشخاص يتلشى فى هذا النوع من العلائق لكى يترك المجال لقانون القاضى وذلك أخذا بفكرة النظام العام التى تقوم على ضرورة احترام سيادة الدولة واستقلالها (٣) .

٣١٣ — وقد صادفت نظرية Mancini فى النظام العام نجاحا عند الأستاذ Pillet (٤) حيث يقرر أن الأخذ بقواعد النظام العام لا يحصل عن طريق الاستثناء ، بل يتم باعتبارها القواعد المختصة بحكم هذا النوع من العلائق . فالقانون الوطنى هنا هو القانون المختص دون القانون الأجنبى الذى تشير به قواعد تنازع القوانين . فقوانين النظام العام قوانين عامة تسرى على الوطنيين والأجانب على السواء بقصد تحقيق الغرض الاجتماعى منها . والخلاصة أن القوانين العامة أو بعبارة أخرى القوانين الإقليمية هى قوانين النظام العام (٥) .

(١) قارن ما ذكرناه بالنسبة للقانون السوفيتى قبله ٣٤ — ٣٦ و Pillet-Niboyet .
٥٥٤ فى هذا الصدد حيث تعرض للمسألة الأخيرة مفصلا .

(٢) راجع نظريته . قبله ١٤١ و Makarov . ١٢٨ .

(٣) ومن هنا يظهر مقدار حرص واضع النظرية على الاعتبارات السياسية . قارن Makarov . ١٢٨ .

(٤) وقد تناول النظرية فى مؤلفه . ١ . ١١٠ — ٢١٨ . وشرحها تلميذه Niboyet فى مؤلفهما المشترك . ٥٢٥ .

(٥) انظر Pillet-Niboyet حيث يضرب مثلا بالطلاق فى إيطاليا اذ لا يمكن طلب الطلاق فى محكمة إيطالية لأن القانون الإيطالى بشأن الطلاق يرمى الى المحافظة على كيان العائلة . هذا الغرض الاجتماعى le but social لا يمكن تحقيقه اذا سمح بالطلاق وفقا لأحكام قانون أجنبى .

ويؤخذ على الأستاذ Pillet أنه خلط بين اقليمية القوانين وتعلقها بالنظام العام ، فإذا اعتبرنا قوانين النظام العام جزءا من القوانين العامة أمكن اذن الاستعاضة عنها بالقوانين الاقليمية ، وهكذا لا يوجد مبرر لبقائها . ومع ذلك فمن المتفق عليه أن القوانين الاقليمية لا تكفي وحدها لمنع تطبيق القوانين الأجنبية في بعض الأحوال ، بل لا بد من الرجوع الى فكرة النظام العام لتحقيق ذلك ، ويظهر هذا بجلاء عند ما يقضى القانون الأجنبي بالأخذ بأحكام نظام قانوني مجهول لقانون القاضى ، أو كان يتعارض تعارضا ظاهرا مع اعتبار الصالح العام . ولا شك أنه لا يمكن السماح بتطبيق أحكام هذا القانون فيستعان بفكرة النظام العام كوسيلة لدرء هذا الضرر . فالاستعانة بهذه الفكرة على حد قول البعض ضرب من ضروب الدفاع الشرعى ^(١) . فقوانين النظام العام ذات صبغة اقليمية لأنها تسرى على كل القطان وطنيين كانوا أو أجانب ، ولكن لا مناص من اعتبارها فصيلة منفصلة عن القوانين الاقليمية الأخرى المتعلقة بنظام الأموال أو القانون المحلى . فهذه القوانين رغم اتحادها في صفة الاقليمية فانها تختلف من حيث الأفكار التى تركز عليها ولذلك يجب تمييزها بعضها عن بعض منعا من الخلط ^(٢) .

٣١٤ — وخلاصة ما تقدم أن Savigny ومن تابعه من الكتاب يعتبرون أن قواعد النظام العام قواعد استثنائية ، وان Mancini ومن نحا نحوه يعتبرون قواعد النظام العام قواعد أصلية أى أن قانون القاضى هو القانون المختص بصفة أصلية دون القانون الأجنبي الذى لا يختص أصلا فى مثل هذه الأحوال . ولقد حاول الأستاذ Frankenstein التوفيق بين النظريتين بوضعه نظرية وسط ولا داعى لشرحها هنا ، ولذا اكتفى بالإشارة اليها ^(٣) . وعندى أن النظرية التى تقوم على اعتبار تطبيق قواعد النظام العام كاستثناء يدخل على تطبيق قواعد تنازع

(١) قارن Pillet-Niboyet . ٥٢٧ .

(٢) انظر Bartin . ١ . ٢٤٩ — ٢٥٣ .

(٣) وهى ملخصة فى مؤلف Makarov . ٢٣١ — ٢٣٢ .

القوانين أقرب الى الصحة لاتفاقها مع الواقع اتفاقا كبيرا كما يظهر ذلك من مراجعة أحكام القضاء .

٣١٥ — ولقد استتبع اختلاف الكتاب على طبيعة قواعد النظام العام ، أن اختلفوا حول نطاقه . اذ الواقع أن تحديد نطاقه يتغير بتغير النظرية التي يأخذ بها الكاتب . فنجد مثلا أن Pillet^(١) جرى على تعداد قوانين النظام العام فوضع لها قائمة مقدما *à priori* وقد حوت هذه القائمة ثمانية أنواع ، هي القوانين المتعلقة بالقانون العام وقوانين الملكية والقوانين المالية وقوانين الثقة العامة، وقوانين أمن الأشخاص ، والقوانين المتعلقة بالآداب وقوانين النظام وقوانين التنفيذ .

واذا نظرنا الى هذه القوانين وجدنا أن الغالبية فيها تنطبق انطباقا عاديا دون حاجة الى فكرة النظام العام ، اذ لا يعقل مثلا في مسألة دستورية الرجوع الى قانون خلاف قانون القاضي ، وكذلك لا يعقل أنه في الجرائم وفي الأفعال الضارة يطبق قانون غير القانون المحلى وهو غالبا قانون القاضي . فمن الملاحظ اذن أن الأستاذ قد خلط بين القوانين الآمرة الاقليمية وقواعد النظام العام . فالقوانين الآمرة في العادة تطبق تطبيقا أصليا ولا يفكر أحد فيما يتعلق بموضوعها أن يطبق تشريعا أجنبيا ، أما قوانين النظام العام فهي تطبق اذا ما بدا أن الحكم الواجب التطبيق في التشريع الأجنبي ضار من وجهات معينة ، عندئذ تتدخل تلك القوانين وتكون لها الأسبقية في التطبيق .

ومما يسترعى النظر في تعداد الأستاذ لقوانين النظام العام اشارته الى قوانين الآداب والنظام ، فما هي هذه القوانين ؟ يظهر أن هذه القوانين الأخيرة هي التي تتعلق حقيقة بالنظام العام ولذا يصعب تحديدها ، نعم انه يمكن ضرب الأمثال بشأنها ولكن مع ذلك يصعب تحديدها . ومن الأمثلة التي اعتاد رجال

(١) مؤلفه ١٠ . ١١٤ — ١١٨ وقد اتبع هذه الطريقة الكاتبان Fiore و Weiss وكذلك نسجت مجموعة Bustamante على نفس النوال . وتجد شرحا مختصرا لهذه الأنواع الثمانية في مؤلف Pillet-Niboyet ٥٣٧ — ٥٤٠ .

الفقه ايرادها القوانين الخاصة بالنفقات أو التي تمنع الالتزام لمدى الحياة التزاما شخصيا^(١). وقد قال ناقد عن تقسيات Pillet أنه كان أولى بالأستاذ وأهون عليه أن يذكر القوانين غير الداخلة في النظام العام.

٣١٦ — ازاء ما تقدم كان رأى الممول عليه في تحديد نطاق النظام العام هو الرجوع الى أحكام المحاكم في كل بلد على حدة لأن فكرة النظام العام متغيرة في كل بلد عن الآخر، بل وأكثر من ذلك فانها متغيرة أيضا في نفس البلد بتغير الأوقات والأفكار فيها^(٢). وإذا رجعنا الى أحكام المحاكم المصرية وجدنا أحوالا كثيرة أخذ فيها بفكرة النظام العام، وقد أشرت الى البعض منها فيما مضى وأضيف الآن بعض أحوال أخرى.

على أننى أوجه الأنظار مقدما الى أن نطاق الأخذ بهذه الفكرة محدود في مصر عن سائر البلاد الأخرى نظرا لتعدد النظم الشخصية ووجود المحاكم القنصلية، أو بالتالى عدم اختصاص المحاكم الزمنية التي تأخذ بفكرة النظام العام، في البلاد الأخرى عند نظرها مسائل الأحوال الشخصية بصفة أصلية. ومن المعلوم أنه في هذه المسائل تجد فكرة النظام العام مرتعا خصبا^(٣)، بخلاف الحال في العلائق الأخرى ذات الصبغة المالية.

وأعرض الآن بعض حالات الأخذ بفكرة النظام العام في مصر:

(١) أنه بعد تحريم الرق في مصر يكون للعبد الحق في التصرف والزواج دون حاجة الى اذن سيده، وكانت المحاكم تقضى قبل ذلك ببطالان الزواج الحاصل من العبد بغير هذا الاذن، وفي هذا ما يثبت أن فكرة النظام العام متغيرة بحسب الزمان، كما سبق أن رأينا أنها متغيرة بحسب المكان^(٤).

(١) راجع Pillet-Niboyet ٥٤٠.

(٢) قارن Bartin ١. ٢٦٨.

(٣) قارن Pillet-Niboyet ٥٤٠ و Bartin ١. ٢٣١ وما بعدها. ودروس Lévy-Ullmann ١٩٣٥. ١٧٣ وما بعدها.

(٤) ٦ فبراير ١٨٩٥ م. ت. م. ٧. ١١٠.

- (٢) أنه إذا كان عدم الأهلية مبناه سبب سياسى ، أو سبب متعلق باختلاف اللون أو الجنس أو نتيجة حكم جنائى صادر من محكمة أجنبية فلا يمكن الأخذ بها فى مصر لمخالفته للنظام العام والآداب^(١) .
- (٣) أنه إذا تألقت شركة بين ألمان فى شكل مقرر فى القانون الألمانى^(٢) دون المصرى فلا يعترف بها فى مصر لمخالفة ذلك الشكل للنظام العام .
- (٤) أن المادة ٢٦٣/٣٣٢ م . ا . م . تمنع التصرف فى التركات المستقبلية ولو برضا المورث ، وهذا المنع متعلق بالنظام العام^(٣) .
- (٥) وكذلك إذا اتفق الطرفان على تطبيق قانون أجنبى وكانت نصوص هذا القانون مخالفة لمبادئ النظام العام فانه لا يعمل بها ، كما إذا اتفق الطرفان على تحكيم القانون السوقى فى مسألة متعلقة بالملكية .
- (٦) ويعتبر شكل الرهن الرسمى ٦٥٧/٦٨١ م . ا . م . متعلقا بالنظام العام فلا يمكن الاستناد على قاعدة Locus للقول بحصته .
- (٧) أنه إذا صدر حكم على مصرى بالنفقة لولده غير الشرعى من محكمة ألمانية فانه لا ينفذ فى مصر^(٤) لمخالفة العلاقة غير الشرعية للنظام العام .
- والواقع أن المعاهدات والمؤتمرات قد فشلت فى تحديد فكرة النظام العام ، اذ تحديدها مبناه الاتحاد فى الأفكار القانونية ، وهذا الاتحاد يكاد يكون مستحيلا وعلى الأخص فيما يتعلق بالأحوال الشخصية^(٥) .

(١) قارن Valéry . ١٠٤٤ . وأبو هيف بك ٤٢٤ و ٤٢٩ .

(٢) وهى شركة محدودة المسئولية خلاف الشركات المساهمة ١٢ يونيه ١٩٠٧ م . ت . م . ١٩٠٢ . ٣ . ٤ .

(٣) راجع مجموعة Palagi للقانون المدنى تحت المادة ٣٣٢ م . م .

(٤) استئناف مختلط أول يونيه ١٩٣٥ . منشور فى مصر القضائية عدد ١٣ اكتوبر ١٩٣٥ . وقبله ٣٣٠ .

(٥) قارن اتفاقات لاهاى ١٩٠٢ بشأن الزواج وقرارات معهد القانون الدولى ١٩١٠ وتعليق Mercier فى المجلة . ١٩١١ . ١٦١ وما بعدها . ويظهر أن تحديد نطاق النظام العام مسألة وطنية بحيث يصعب الاتفاق بشأنها اتفاقا جماعيا دوليا .

٣١٧ - فإذا ما أخذت محاكم دولة معينة بفكرة النظام العام ، فإنه تترتب على ذلك آثار مختلفة ، يمكن تقسيمها الى نوعين ، آثار سلبية وأخرى ايجابية ^(١) . أما الآثار السلبية فتقف عند حد الامتناع عن تطبيق القانون الأجنبي الذى تشير بتطبيقه قواعد الاسناد الوطنية ، كما اذا عرضت على محكمة ايطالية دعوى طلاق مرفوعة من زوجة فرنسية على زوجها وفقا للقانون الفرنسى ، فان المحكمة الايطالية تقف عند حد رفض الدعوى ، أى عدم تطبيق القانون الفرنسى دون حاجة الى تطبيق القانون الايطالى . ويمكن تصور حصول فرض مماثل للمتقدم فى مصر ، وذلك أنه اذا ما أسلم الزوج القبطى ورفعت عليه زوجته دعوى بالفرقة وفقا لأحكام ديانة الأقباط الأرثوذكس التى تحكم زواجها ، فان هذه الدعوى ترفض لخالفاتها أحكام النظام العام دون حاجة الى تطبيق أحكام الشريعة الاسلامية فى النزاع . ففى هذه الأحوال وأشباهاها تمتنع المحاكم الوطنية عن الأخذ بأحكام التشريع الواجب التطبيق وفقا لقواعد الاسناد . على أنه يجب أن نلاحظ وجود فارق بين المثالين السابقين ، ففى المثال الأول وجد التعارض بين قانون القاضى وقانون الأخصام ، وفى المثال الثانى وجد التعارض بين قانون القاضى وقانون الزوجة ، وهى تروم الاحتفاظ بحقوقها المكتسبة .

وأما الآثار الايجابية فمقتضاها أنه علاوة على الامتناع عن تطبيق القانون الأجنبي على الوجه السابق تطبق المحكمة الأحكام الواردة فى قانونها ، وهذا هو ما يحصل غالبا . ويتحقق ذلك اذا ما كان تشريع الأحوال الشخصية للزوجين يستلزم ضرورة حصول الزواج فى شكل دينى (كالتشريع اليوجوسلافى) وكان تشريع القاضى يكتفى بالشكل المدنى ويعتبره من النظام العام . فاذا عقد الزواج فى داخل حدود البلد الأخير (كفرنسا) فان محاكمها تقر صحته (٣/٣ م . ف) بأن تستبعد أحكام التشريع اليوجوسلافى الواجب .

(١) قارن Pillet-Niboyet ٥٥١ وما بعدها . و Arminjon . ١ . ١٢٠ ويلحق بهذا المثال حالة الزوجين الايطاليين اذا طلب أحدهما الطلاق من محكمة فرنسية .

التطبيق وفقا لقواعد الاسناد الفرنسية ، وتطبق أحكام التشريع الفرنسى فى هذا الصدد لكونها متعلقة بالنظام العام^(١) (٣ / ١ م . ف) . وقد رأينا أنه فى مصر تمنع المادة ٢٦٣ / ٢٣٢ م . ا . م . التصرف فى التركات المستقبلية وتعتبره مخالفا للنظام العام ، فيستبعد كل حكم يخالف فى قوانين الأحوال الشخصية ويطبق الحكم الوارد فى التشريع المصرى . كما أن القبطى الذى يسلم تظل زوجته القبطية على عصمته وله الحق فى استصدار حكم بالطاعة عليها وفقا لأحكام الشريعة الاسلامية .

٣١٨ - وقد يؤدى تطبيق القانون الوطنى أخذا بفكرة النظام العام الى استفادة الأجنبي من ميزة غير مقررّة له بمقتضى قانونه ، كما حصل ذلك فى قضية رجل أمريكى تزوج من سيدة فرنسية كانت تحترف الرقص والغناء فى موزيكهول بباريس . فبعد تمام الزواج غادرت الزوجة بباريس مع زوجها الى شيكاغو للاقامة هناك ، ولكن لم يمض وقت طويل حتى تركت زوجها وقلت راجعة الى باريس حيث بدأت حياتها الأولى من جديد ، فظهرت على المسرح رغم انذار زوجها لأصحابه بعدم سماحه بذلك . ولما عرض الأمر على المحكمة قضت على أصحاب المسرح بالتعويض ، وقررت فى حكمها أن الزوجة الفرنسية رغم احتفاظها بجنسيتها وفقا لقانون سنة ١٩٢٧ ملتزمة بطاعة زوجها وبالذهاب معه حيثما أقام ، حتى لو كان الزوج أجنبيا لا يتمتع بهذا الحق بموجب قانون أحواله الشخصية . ويستفاد اذن من هذه القضية أن المحكمة الفرنسية قد اعتبرت أن اطاعة الزوجة الفرنسية لزوجها أمر متعلق بالنظام العام ، فاستبعدت

(١) وليس معنى ذلك أن كل قواعد النظام العام ترجع الى نص المادة ٣ / ١ م . ف . بل أن نطاق النظام العام غير مقيد وأساسه ضرورة حماية مصالح الجماعة ومشاعرها ، فمثلا القاعدة التى بمقتضاها أنه لا يصح تعدد الزوجات فى أوروبا لا تعتبر ضمن قوانين البوليس والأمن ومع ذلك فهى متعلقة بالنظام العام . قارن بالنسبة لزواج الصريين دروس Lévy-Ullmann ١٩٣٥ . ١٧٤ . Pillet-Niboyet . ٥٥٦ .

قانون الزوج الذى يحكم الزواج وطبقت قانونها بناء على الاعتبارات الساقفة^(١) .
ومن قضاء المحاكم الفرنسية فى هذا المنحى أيضا أن اكتساب الحق قد
يكون مخالفا للنظام العام ، ولكنه اذا اكتسب الحق تحت سلطان قانون أجنبي
وجب احترامه فى بعض الأحيان^(٢) . فالمسلم مثلا لا يسوغ له أن يتزوج فى
فرنسا زوجة ثانية ، ولكنه اذا تزوج ودخل فرنسا ومعه زوجاته فتحترم هذه
الصفة ، وكذلك الحقوق الناشئة عنها . وكذلك اذا طالب أحد أولاد الزوجة
الثانية بالميراث بناء على أنه ولد شرعى قبل طلبه . ولكن اذا أراد الزوج
الحكم له بالطاعة على زوجته القارة منه فهل يقضى له بذلك ؟ هذا مازفسته المحاكم
الألمانية^(٣) .

وأخيرا فان آثار النظام العام سلبية كانت أو ايجابية لا تتعدى بلد
القاضى ، وحكم هذا الأخير لا يحترم فى البلاد الأخرى اذا خالف النظام العام
فيها^(٤) .

٣١٩ — وعبارة النظام العام فى ذاتها غير متفق عليها ، فمن الكتاب^(٥)
من يستعمل اصطلاح النظام العام موصوفا بكلمة دولى فيقول ، النظام العام

(١) وتعرف هذه القضية باسم Nelson Morris وهذا هو اسم الزوج وأما الزوجة فهى
الراقصة الشهيرة Jeane Aubert والحكم صادر فى ٨ ابريل ١٩٣٠ منشور بالمجلة ١٩٣٠ .
٤٦٤ وما بعدها . ودروس Lóvy-Ullmann . ١٩٣٥ . ١٧٨ . ورسالة Edmond Aubry
السابق الاشارة اليها . ٢٦٥ .

(٢) وهناك أحوال أخرى لا يحترم فيها هذا الحق كما اذا اكتسب حق مثلا تحت سلطان
القانون السوفيتى أو اكتسب حق تحت سلطان قانون يبيع رهن المنقول رهنا رسميا فهنا
لا يحترم الحق المكتسب لمخالفته للنظام العام . راجع Pillet-Niboyet . ٥٦٢ وما بعدها .
وبالنسبة للقانون السوفيتى . راجع Makarov . ١٣٥ وما بعدها .

(٣) راجع موسوعة القانون الدولى تحت كلمة « Ordre public » . والمجلة . ١٩١٣ .
١٠٣ .

(٤) قارن Bartin فى دراساته . ٢٧٧ وعكس ذلك Pillet-Niboyet . ٥٦٠ .

(٥) أنظر Pillet . مبادئ . ٣٩٦ و Weiss . ٣ . ٩٥ . Valéry . ٥٦٨ .

الدولى وذلك تمييزا له عن النظام العام الداخلى وهذا الأخير يسرى فقط على الوطنيين دون غيرهم ، وعلى ذلك يكون المقصود به القواعد القانونية الآمرة التى لا يمكن الاتفاق على خلافها بين الوطنيين . وهذا النوع من النظام العام أشارت اليه المادة ٦ م . ف . والمادة ٢٨ من لأئحة ترتيب المحاكم الأهلية ، ومن أمثلته القاعدة التى تحدد سن الرشد : ٢١ عاما فى مصر فانها متعلقة بالنظام العام ، بمعنى أنه لا يسوغ الاتفاق على عكسها بين المصريين . ولا يمنع ذلك مطلقا من أن تكون سن الرشد فى التشريعات الأخرى أقل أو أكثر . أما النظام العام الدولى فيسرى على الأجانب والوطنيين على السواء كالنصوص المتعلقة بالرق والطلاق وتعدد الزوجات الخ . وانى أستلفت الأنظار بهذه المناسبة الى أن النصوص الآمرة فى التشريع المختلط تعتبر من هذه الوجهة متعلقة بالنظام العام الدولى لأنها تسرى على الأجانب والوطنيين على السواء فيما يتعلق بالعلائق التى تتم فى مصر ، أما بالنسبة للعلائق التى لا تخضع للقانون المختلط فان فكرة النظام العام تأخذ شكلا آخر ، وقد رأينا مثالا لذلك فى قضية الايطاليين التى أجازت لها المحكمة الاتفاق على فوائد أكثر من ٩ ٪ . وفقا لتشريعها . فالأخذ بنصوص التشريع الايطالى فى هذا النوع من التعامل لا يعتبر مخالفا للنظام العام الدولى فى مصر ولو أن المادة ١٨٥ م . م . معتبرة من النظام العام وسارية على المصريين والأجانب على السواء مادام التعامل حاصل فى مصر . على أن اصطلاح « نظام عام دولى » منتقد لأنه يشعر بوجود نظام عام مشترك بين الدول المتحدة فى المدنية على الأقل ، وفى هذا مخالفة للواقع لأن فكرة النظام العام كما هو معلوم مختلفة فى كل بلد عن الآخر وان اتحدت فى بعض المظاهر ^(١) (كتعدد الزوجات فى البلاد الأوروبية) .

(١) راجع Arminjon . ١ . ٢٢٢ وكذلك رأينا أن فكرة النظام العام متغيرة فى البلد الواحد باختلاف الأزمنة . راجع فى التفرقة بين قواعد النظام العام وغيرها من القواعد . نفس المرجع السابق . ٢٢٤ — ٢٢٥ .

ازاء ماتقدم رأى البعض^(١) اقتراح تسمية جديدة ، أسامها التفرقة بين النظام العام المطلق ويقابل النظام العام الدولي ، والنظام العام النسبي ويقابل النظام العام الداخلى . ولكن يعاب على هذه التسمية أن النظام العام دائماً مطلق حيث كان ، اذ الاطلاق خصيصة رئيسية فيه .

وهناك تسميات كثيرة أخرى قال بها الشراح ، وعلى الأخص الألمان ، ولا أرى داعياً للاسترسال هنا فى هذا الموضوع ، مكتفياً بالإشارة الى التسمية الجديدة التى قال بها الأستاذ Arminjon^(٢) وهى « قواعد الاسناد الوطنية البحتة » . وفى اعتقادى أن هذه التسمية غير موقفة ، لأن قواعد الاسناد هى قواعد وطنية ووصفها بكلمة « بحتة » لا يكفى للإشارة الى قواعد النظام العام والآثار المترتبة عليها .

المبحث الثانى

فى

الغش نحو القانون

٣٢٠ — وفكرة الغش نحو القانون صعبة التحديد اذ يحيط بها الغموض ، ولذلك أثارت كتابات وأبحاثاً كثيرة من جانب الكتاب ، وقد اتسع نطاق الخلاف بشأنها فشمّل اسمها ، فمن الكتاب من يسميها « التحايل على القانون » ومنهم من يسميها « الثورة على القانون والتهرب من أحكامه »^(٣) .

(١) ومنهم Lainó و Despagne فى مقاله Claret . ١٨٨٩ . ٢١٨ .

(٢) انظر مؤلفه ١ . ١٩٠ حيث استعمل للدلالة عليها اصطلاح « règles de rattachement purement nationales » .

(٣) قارن دروس Lévy-Ullmann . ١٩٣٥ . ١٨٨ والاصطلاح الفرنسى لهذه الفكرة هو « Fraude à la loi » .

٣٢١ — ومؤدى هذه الفكرة ^(١) أن القانون الواجب التطبيق قد يقضى في نصوصه الآمرة باتباع أمر أو في نصوصه المانعة بالامتناع عن عمل فالتخلص من هذه الأحكام يعتمد الأشخاص الى جعل تصرفاتهم محكومة بقانون أجنبي خال عن العقوبات السالفة . وللوصول الى تحقيق غرضهم يغيرون الظروف التي تحيط بتصرفهم حتى يصبح تطبيق القانون الأجنبي مشروعاً بمقتضى قواعد تنازع القوانين الوطنية ^(٢) . مثال ذلك أن يشترط قانون بلد معين شروطاً بشأن انشاء نوع معين من الشركات . فيرى الأعضاء المؤسسون أن هذه الشروط شديدة ، لذلك يعتمدون أحياناً الى تكوين شركتهم في الخارج تحت سلطان قانون أجنبي لا يقر الشروط السالفة ، ثم يعودون الى ممارسة أعمالهم في البلد الأصلي على اعتبار أن تكوين شركتهم صحيح وفقاً للتشريع الأجنبي ، وبهذا يتيسر التهرب من أحكام القانون الوطنى الآمرة باتباع اجراءات معينة أو التي تستلزم توافر شروط موضوعية معينة ، اذ تكون للشركة في هذه الحالة جنسية البلد الذى تأسست فيه مع أنه كان من الطبيعى أن تكون لها جنسية بلدها الأصلي ^(٣) .

كما أنه يحصل أحياناً أن يستلزم التشريع الوطنى في بلد ما لصحة تصرف (كالهبة) شكلاً رسمياً ، بينما لا يستلزم تشريع بلد أجنبي مجاور هذا الشكل فيذهب المتعاقدان الى هذا البلد لا لسبب سوى الرغبة في الاستفادة من أحكام هذا

(١) قارن Henri Desbois في رسالته « La notion de la fraude à la loi » et la jurisprudence française 1927-270 وكذلك مقال Perroud في Clunet ١٩٢٦ ١٩ — ٢٦ وكذلك Makarov . ١٤٨ .

(٢) والحاصل أن التصرف في ذاته لا يحوى ما يشعر بأنه قد تم بقصد التهرب من تطبيق أحكام تشريع معين وإنما مجموعة الظروف التي تحيط به هي التي تنبئ عن ذلك . وعلى هذا فانه لاثبات نية التهرب يجب التحقق من وجود الظروف السالفة التي تدل عليه . قارن رسالة Desbois . ٢٠٨ وكذلك Pillet-Niboyot . ٥٧١ و ٥٨٦ .

(٣) رسالة Desbois . ٢٥٥ وقارن ٢٩ ابريل ١٩٠٨ م . ت . م . ٢٠ . ٢٢٢ وأبو هيف بك ٤٥٥ .

التشريع الأجنبي ، اذ أن تعاقدما سيعتبر غالبا صحيحا شكلا وفقا لقواعد تنازع القوانين الوطنية التي تقضى بالأخذ بقاعدة ... Locus . وفي هذا المثل يرمى الواهب والموهوب له الى التهرب من النصوص المانعة من عقد الهبة في شكل عرقى^(١) .

وفي المثالين السابقين نجد صورة حقيقية من صور الغش نحو القانون ، اذ توجد هناك صورة أخرى ملحقه ، مؤداها أن يتعمد شخص الاضرار بالحقوق المكتسبة لآخر فيعمد الى ايجاد ظروف معينة تسمح بتطبيق قانون أجنبي معين يختلف في أحكامه عن القانون الأصلي . فالغش هنا حاصل ضد الحقوق المكتسبة مباشرة ، لا النصوص التشريعية كما في الصورة الأولى ، ومثال ذلك أن يتجنس زوج بجنسية أخرى رغبة في الاستفادة من تشريع الأحوال الشخصية في القانون الجديد الذي يقر الطلاق ، على خلاف التشريع الأصلي الذي عقد الزواج تحت سلطانه ، فيضر بالحقوق المكتسبة لزوجته .

وتتحقق هذه الصورة كثيرا في مصر وذلك عن طريق تغيير الديانة لا تغيير الجنسية ، فيحصل أن يغير بعض المسيحيين ديانتهم ويعتقون الاسلام كي يتمكنوا من طلاق زوجاتهم والتزوج بأخريات مخالفين بذلك أحكام ديانتهم الأصلية ، وقد أشرت الى أن المحاكم الشرعية والمحاكم المختلطة تقر الطلاق في هذه الحالة^(٢)

(١) قارن Desbois . ٢٥١ وما بعدها وكذلك رسالة Laven في جنسية الشركات .

. ١٨٩٩

(٢) راجع أخيرا حكم محكمة مصر الكلية بحاماة ١٤ . ٦٢١ والأحكام الأخرى التي أشرنا اليها في بحثنا المنشور في مجلة القانون والاقتصاد . السنة الخامسة ٣٠١ وما بعدها .

ويحصل في العمل أن يعتنق قبطى الاسلام كي يتمكن من اسقاط نفقة زوجته المحكوم بها من المجلس الملى وذلك عن طريق طلاقه لتلك الزوجة أو عن طريق رفعه لدعوى طاعة عليها فتمتنع فتعد ناشزا ، ومن ثم تسقط نفقتها ويصدر الحكم بالسقوط من المحكمة الشرعية لاعتبارين : أولا : أن الزوج مسلم ، ثانيا : أن اختلاف الملة يؤدي الى هذه النتيجة ، فيكون الحكم من باب أولى اذا اختلفت الديانة .

وعند صدور حكم بالطلاق أو بسقوط النفقة فإن المجلس الملى لا يعترف به بل يعتبر أن الزوجية مازالت قائمة وأن النفقة باقية ، على أنه يحصل أحيانا أن يقضى المجلس الملى بدوره =

وان خالف المقرر في أحكام قانون الجنسية بالنسبة للأجانب المتجنسين بالجنسية المصرية أو في أحكام الملة وذلك بالنسبة للمصريين غير المسلمين . ومما لا جدال فيه أنه في الحالتين لا تقر المحاكم الأجنبية ولا المجالس المليية هذا الطلاق بل تعتبر أن الزواج ما زال قائماً إلا إذا قضت هذه الأخيرة ببطلانه بناء على اعتناق الزوج للإسلام^(١) .

= بانقضاء الزوجية نظراً لإسلام الزوج فإذا لم تصل الأمور عند هذا الحد فإن التضاد يظل قائماً بين الحكيم ، حكم المحكمة الشرعية وحكم المجلس الملي ، ويثار النزاع بشأن قوتها عند التنفيذ فتدعى المحاكم الأهلية للفصل في الاشكال أو بالحرى تدعى الى تفضيل أحد الحكيم على الآخر .

ولقد قامت الخلافات حول عملية التفضيل هذه ، إلا أن الرأي الغالب قضاء ، على الأخص بعد صدور حكم محكمة النقض المصرية في ٢١ يونيو ١٩٣٤ هو تفضيل الحكم الشرعي . ومبنى هذا الرأي إهمال الأخذ بفكرة النش نحو القانون لأن من البعث تحليل الدوافع التي حدث بالشخص لإعتناق ديناً من الأديان ، كما أنه يكون في أغلب الأحيان من التورط في أثم سوء الظن الجرى وراء شبهات خادعة للطعن في عقيدة الشخص والانتقاص من إيمانه . وعند ما تعرضنا لبحث هذه المسألة في مقالنا السابق الإشارة إليه ، أوضحنا النتائج التي تترتب على العمل بكل من الرأيين كما أننا أشرنا الى رأي القضاء المختلط (٣١٢ — ٣١٣ المرجع السابق) وقد حللنا الاعتبارات التي تحيط بالمسألة وهي اعتبار وجوب احترام الحقوق المكتسبة للزوجة واعتبار النظام العام وأخيراً الاعتبار الخاص بالنش نحو القانون .

ومن رأينا أنه يجب على المحاكم المدنية أن تبحث ظروف كل حالة على حدة وأن صعوبة بحث العامل النفساني لا يمكن أن تقوم عقبة في سبيل تحقيق العدالة واحترام الحقوق المكتسبة خصوصاً أن هناك أحوالاً تظهر فيه نية النش بوضوح ، كما إذا كان تغيير الديانة قد حصل في أثناء نظر دعوى النفقة أمام المجلس الملي أو عند التنفيذ بحكمه . ويحصل أحياناً أنه عند ما يتخلص المحكوم عليه من كل الأعباء السابقة أن يرتد عن الإسلام ثانية الى ديانته القديمة وربما عاد الى تكرار هذه المأساة مرة أخرى إذ أن تغيير الديانة عمل انفرادي ، ولذا كان من غير الدقيق قياسه على تغيير الجنسية وهو عمل أساسه توافق الإرادتين (راجع مقالنا السابق ٣١٩ — ٣٢٠) .

(١) والواقع أن فكرة النش نحو القانون تقوم على توافر عنصرين : العنصر الأول ، ومؤداه الموازنة بين نتائج تطبيق القانون الأجنبي ونتائج تطبيق القانون الوطني الأصلي . العنصر الثاني وهو العنصر المعنوي ، ومؤداه وجود نية التهرب . قارن André Tiran . ١٤٩ . انظر Arminjon ١ . ٢٣٢ وكذلك Pillet-Niboyet . ٥٧٨ وبالنسبة لتغيير الديانة وأثره Pillet-Niboyet . ٥٨٢ .

٣٢٢ — وفي المثليين الخاصين بالصورة الثانية نجد فكرتي النظام العام والغش نحو القانون جنبا الى جنب ، فالطلاق الذي يحصل يقع صحيحا بناء على الأخذ بفكرة النظام العام ، ولا يعترف به من المحكمة الأصلية بناء على فكرة الغش نحو القانون . ونظرا لوجود هذه العلاقة الوثيقة بينهما قرر الأستاذ *Bartin* أن فكرة النظام العام تعتبر أساسا للأخذ بفكرة الغش نحو القانون ، إذ أن المحاكم الوطنية تمتنع عن تطبيق القانون الأجنبي وتطبق قانونها الوطني لاعتبارات متعلقة بالنظام العام مؤداها اعطاء السيادة من جديد للقانون الوطني الذي تعتمد الأشخاص اهاله (١) .

ولا نعتقد في صحة هذه الملاحظة من جانب الأستاذ لأن فكرة الغش نحو القانون أسبق ظهورا من فكرة النظام العام ، إذ أن هذه الأخيرة انما ظهرت وترعرعت بظهور مبدأ الجنسيات وسيادة الدولة ، أما الأولى فمعروفة من قديم الزمان ، منذ القول بعينية العادات (٢) ، إذ اعتاد الأفراد الانتقال من مقاطعة الى أخرى للاستفادة من الشكل المتبع في هذه المقاطعة وفقا لقاعدة *Locus ...* وبهذه المناسبة فانه من الملاحظ في عصرنا الحالي ، أن بعض الفرنسيين كلما أرادوا الهروب من الأشكال المكحلة للأهلية واجراءات العلانية اللازم اتباعها في فرنسا في الزواج فانهم يرحلون الى إنجلترا حيث لا تعتبر هذه الاجراءات مكحلة للأهلية بل جزءا من الشكل ، ويعقدون زواجهم وفقا للشكل الانجليزي (٣) . وقد سارت المحاكم الفرنسية على الحكم

(١) إذ أن من يغير جنسيته في الظروف السالفة يعتبر في مركز أحسن من مواطنيه الذين يعتبرون أنفسهم في مركز أقل لسبب تمسكهم بجنسيتهم . قارن *Bartin* في دراساته . ٢٤٤ و ٢٦٩ ويؤيده في ذلك *Arminjon* . ١ . ٢٤٢ وراجع رسالة *André Tiran* . ١٥٢ . *Pillet-Niboyet* . ٥٧٤ .

(٢) راجع *Lainé* . ٢ . ١٩٩ وما بعدها . ورسالة *Desbois* السابق الإشارة إليها . ٢٠٥ ورسالة *André Tiran* السابق الإشارة إليها . ١٤٧ .

(٣) وعلى الأخص فانهم يذهبون الى حدود اسكوتلاندا حيث يحق لحداد أن يعقد زواجا صحيحا ، وذلك في جهة *Green Green* .

ببطلان هذا الزواج شكلا مطبقة فكرة الغش نحو القانون ، وذلك اذا تبين لها أن الزوجين انما قصدا الهرب من تطبيق القانون الفرنسى .
ويحصل أيضا فى أوروبا أن يغير الزوجان أو أحدهما جنسيته ^(١) بقصد الحصول على الطلاق الذى لا يبيحه قانون الزواج . فتغير الجنسية يحصل اذن بطريق الغش لأنه يقصد به استبعاد أحكام القانون الوطنى وتطبيق أحكام القانون الأجنبى . وفى قضية شهيرة تعرف باسم صاحبتها الأميرة بوفرمون لم تعترف المحاكم الفرنسية بصحة الطلاق الذى نطقت به المحكمة الألمانية ، اذ أن هذه الأميرة وهى بلجيكية الأصل تزوجت من أمير فرنسى ثم أرادت الطلاق منه (ولم يكن القانون الفرنسى يبيح الطلاق فى ذلك العهد) فغيرت جنسيتها واكتسبت جنسية إحدى الولايات الألمانية وتمكنت بذلك من الحصول على الطلاق من محاكم هذه الولاية ، ثم تزوجت من أمير رومانى يدعى Bibesco فلما عرض أمر هذا الطلاق على المحاكم الفرنسية قضت بعدم صحته مطبقة فكرة الغش نحو القانون ^(٢) .

٣٢٣ — فكرة الغش كما هى موجودة فى العلائق الداخلية تظهر أيضا فى العلائق الخارجية ذات العنصر الأجنبى ^(٣) . ومن الملاحظ أنها تتشابه الى حد

(١) انظر رسالة Desbois . ٢٠٨ — ٢٥١ . حيث تجد أمثلة مختلفة للمزايا التى يسعى الأفراد لتحصيلها عن طريق تجنبهم بجنسية أجنبية خلاف الجنسية الفرنسية . وهذه المزايا كما تتعلق بالقانون الخاص قد تتعلق أيضا بالقانون العام . وقارن رسالة André Tiran ١٥٤ — ١٥٥ .

(٢) وسنرى فيما بعد أن المحاكم البلجيكية لم تعترف بصحة هذا الطلاق بدعوى أن التجنس لم يحصل باذن من الزوج . انظر تفصيل هذه القضية فى رسالة Desbois . ٢١٨ وكذلك فى دروس Lévy-Ullmann . ١٩٣٥ . ١٨٩ وقارن المادة الثامنة من اتفاقية لاهاى ١٢ يونيه ١٩٠٢ اذ تقرر أنه فى حالة اختلاف جنسية الزوجين ، فإن آخر قانون مشترك بينهما هو قانون جنسيتها أى قانون أحوالها الشخصية . Pillet-Niboyet . ٥٧٩ .

(٣) ولكن هل يمكن تصور هذه الفكرة فى أحوال تطبيق قانون ارادة المتعاقدين ؟ راجع فى ذلك Desbois . ٢٧٨ وما بعدها . وكذلك بالنسبة لنقل المقول من بلد الى آخر يرجع لمؤلف Arminjon . ١ . ٢٢٨ اذ المقصود هو مجرد استبدال قانون الموقع القديم بقانون الموقع الجديد .

كبير مع فكرة اساءة استعمال الحقوق لأن العبرة بالنية في كل ، وهى نية الاضرار^(١) . وكذلك تشبهه مع فكرة أخرى معروفة في القانون الادارى باسم « تحويل السلطة » اذ يقصد الأشخاص الاستفادة من قواعد تنازع القوانين الوطنية في غير ما وضعت له ، لأن هذه القواعد موضوعة لحكم العلائق التى تحصل بصفة عادية بدون تعمد لايجاد ظروف خاصة تسمح بتطبيقها على الوجه الذى يراه أصحاب المصلحة .

٣٢٤ — ولقد قامت مجادلات كثيرة حول الأخذ بفكرة الغش نحو القانون فوجد لها المحبذون والناقدون ، فيقول المحبذون^(٢) انه لا يجوز للمحاكم الوطنية أن تقر الحيل التى ترمى الى التهرب من تطبيق نصوص القانون الوطنى الآمرة أو المانعة ، لما فى ذلك من اساءة استعمال لقواعد تنازع القوانين الوطنية ، فيجب اذن أن يرد على هؤلاء الأشخاص قصدهم ويسترجع القانون الوطنى سلطانه من جديد .

ولما كان من المشاهد أن الأشخاص يرومون غالبا الاستفادة من تطبيق قاعدة . . Locus قال أحد محبذى الأخذ بالفكرة وهو Sir Walter Philimore فى مؤتمر جمعية القانون الدولى الذى عقد فى جلاسجو سنة ١٩٠١^(٣) ، ان اتباع رأى المعارض يترتب عليه أن الأشخاص الذين تمكنهم مالىتهم من الخروج من بلادهم يكونون دائما فى حل من مخالفة قوانينهم ، ولا يكون للقوانين الوطنية من هذه الوجهة سلطان الا على الفقراء الذين لا يستطيعون السفر . لذلك وجد

(١) قارن Pillet-Niboyet . ٥٨٢ والمراد بتحويل السلطة الدلالة على الاصطلاح الفرنسى

. Le détournement du pouvoir

(٢) انظر Desbois . ٢٨٥ حيث يقرر أن هذه الفكرة من بقايا الخضوع الدائم Allégeance perpétuelle وانما الخضوع هنا يكون غالبا لقانون الجنسية وكذلك ٢٩١ وما بعدها . ومن أنصار هذه الفكرة Bartin و Pillet و Laurent و Valéry و Surville وكذلك André Tiran فى رسالته . ١٥٣ .

(٣) أبوهيف بك . ٥٥٨ .

من قال بمحصر نطاق تطبيق هذه النظرية في بعض المسائل أخصها شكل التصرفات^(١).

أما ناقدو^(٢) الأخذ بهذه الفكرة فيقولون ان الشخص الذى يوجد في بلد معين يحق له اتباع الشكل المحلى ، والقاعدة أن من استعمل حقه لايسىء الى أحد *Neminem ledit qui suo jure utitur* ، ويضيفون على ما تقدم أن الأخذ بهذه الفكرة يؤدي الى الارتباك اذ مدارها الاعتماد على نية الأشخاص ، وهذه المسألة داخلية يصعب التحقق منها وتحديدتها ، كما أنه قد تتوافر نية الغش لدى أحد المتعاقدين دون الآخر . ومما لا جدال فيه أنه يساء الى الغير الحسنى النية بإبطال التصرف اذا أخذنا بالفكرة السالفة .

وعندى أن صحة التصرف أو ابطاله يجب أن تترك لتقدير المحاكم التى تقضى بالحل الملائم لكل حالة على حدة دون التورط فى وضع مبدأ واجب الاتباع مقدما^(٣) *à priori* .

٣٢٥ — وقد أخذت المحاكم بفكرة الغش نحو القانون ، وأقصد بالمحاكم ، المحاكم الوطنية أى محاكم القانون الوطنى الذى تعتمد الأشخاص ايماله^(٤) دون محاكم البلاد الأخرى التى لا تحمل نفسها مشقة البحث فى نية الأشخاص ، بل

(١) قارن Arminjon . ١ . ٢٣٩ — ٢٤١ وقال Bartin بوجوب حصرها فى مسائل الطلاق والافتصال الجنائى . « دراسات » . ٢٤٩ .

(٢) ومنهم Audinet و Von Bar و Weiss و Wechter وراجع فى الحجج التى اعتمدوا عليها رسالة André Tiran . ١٤٧ وانظر Arminjon . ١ . ٢٣٤ — ٢٣٨ حيث عقد مبحثا لمعرفة ما اذا كان يعترف بفكرة الغش نحو القانون فى القانون الدولى الخاص أو لا .

(٣) ولا توجد نصوص تشريعية مفررة لهذه الفكرة فى أغلب التشريعات . انظر مع ذلك المادة ١٥٩ من القانون الأرجنتينى . Makarov . ١٥٠ ومقالنا فى « تغيير الديانة وآثاره » . ٣١٩ .

(٤) فشلا اذا تحصل ايطاليان على حكم بالطلاق من محكمة فرنسية وعرض أمر صحة هذا الطلاق على محكمة ايطالية فانها لا تعترف به تطبيقا لفكرة الغش نحو القانون وهذا الأثر سلبى كما هو ظاهر . قارن رسالة André Tiran . ١٥١ و Pillat-Niboyet . ٥٨٨ .

تكتفى بالعناصر الموضوعية المادية لأنها ملهوسة تاركة جانباً العناصر الشخصية التي يصعب الوقوف عليها^(١).

ومن جهة أخرى فإن محاكم القانون الأجنبي ، الذي قصد الأشخاص تطبيقه ، تقضى وفقاً لقانونها ، حتى لو ظهر لها أن قصد الأشخاص هو التهرب من تطبيق أحكام قانونهم الأصلي . وهذا ما قضت به المحاكم الفرنسية في قضية شهيرة باسم امرأة Ferrari ، وهي فرنسية الأصل تزوجت من إيطالي ، ثم تمكنت من استرداد جنسيتها الفرنسية لكي تحصل على الطلاق من زوجها ، مخالفة بذلك أحكام القانون الإيطالي الذي يحكم الزواج . فاعتمدت المحاكم الفرنسية تغيير الجنسية وقضت بالطلاق ، وذلك رغم أن هذا التغيير تم بقصد الغش اذ أريد به استبعاد تطبيق القانون الإيطالي^(٢).

المبحث الثالث

في

المصلحة الوطنية^(٣)

٣٢٦ — المصلحة الوطنية نظرية مقتضاها أن لا تطبق أحكام التشريع

(١) قارن مع ذلك حكم محكمة باريس في ٢٤ يناير ١٩٣٠ في قضية Lurat وقد أشار إليها Lucien Chéron في رسالته ٢٠٣ وتناولناها بالتعليق في مقالنا « أثر تغيير الديانة » . ٣١٧

(٢) والحكم في هذه القضية منشور في المجلة ١٩٢٢ . ١ . ١٣٩ وعليه تعليق من الأستاذ Colin وأخذت محكمة النقض بنفس المبدأ في حكم أحدث ١٤ مارس ١٩٢٨ . دالوز الأسبوعي ١٩٢٨ . ١ . ٢٥٣ ورسالة Lucien Chéron . في رسالته السابقة ٢٤٥ وما بعدها .

(٣) ويسمى البعض أحياناً المصلحة العامة . قارن دروس Lévy-Ullmann . ١٩٣٥ . ١٨٦ حيث يقرر أن التسمية غير موقفة ويقترح تسمية جديدة هي « مبدأ الجهل القانوني المتخفف » Le principe de l'ignorance juridique excusable وسيتبين أن هذه التسمية أقرب اتفاقاً وانسجاماً مع الموضوع رغم طولها .

الأجنبي في مسائل الأهلية إذا كان ذلك من شأنه الإضرار بصالح مواطنين ، فإذا تعامل وطني مع أجنبي على اعتبار أن هذا الأخير أهل للتعامل ثم تبين فيما بعد أنه غير أهل وفقا لحكام قانون جنسيته الذي يعتبر الشخص بالغاً رشده في سن الخامسة والعشرين مثلاً ، فإن مثل هذا التعاقد لا يمكن إبطاله من جانب الأجنبي بناء على نقص الأهلية إذا كان الوطني قد تعامل بحسن نية وبدون رعونة ولا عدم تبصر^(١) .

٣٢٧ — وهذه النظرية مقررة تشريعياً في تشريعات مختلفة أخصها التشريع الألماني في مادته السابعة من المقدمة والتشريع السويسري والسويدي والبولوني ، وكذلك أخذ بها القضاء الفرنسي منذ زمن بعيد . وكان ذلك في قضية شهيرة تعرف باسم قضية Lizardi و Lizardi هذا شاب مكسيكي كان يعيش عيشة بذخ في باريس سنة ١٨٦١ ، فذهب يوماً إلى محل لبيع المجوهرات حيث اشترى مجموعة غالية الثمن ، ووقع لهذا الغرض سندات تصرف لصاحب المحل ، فعند صرفها قام الاعتراض ، وتبين أن هذا الشاب مازال قاصراً وفقاً للقانون المكسيكي لأن سنه وقتئذ لم تتجاوز الثالثة والعشرين مع أن سن الرشد في فرنسا هي الحادية والعشرين . فقضت المحكمة^(٢) بصحة الكيالات وبمسئوليته

(١) والواقع أن عذر الجهل بالقانون هنا مقبول ولذا قرر القضاء صحة التصرف . قارن رسالة Edmond Aubry . ٢٤٥ حيث ينصح مع ذلك بضرورة الحذر في الأخذ بفكرة المصلحة الوطنية منعا لاهدار تطبيق القوانين الأجنبية . ويقرر أن تطبيق القانون الفرنسي في هذه الأحوال يصبح أن يحصل إما بناء على أنه قانون بلد تمام العقد أو بناء على اعتبارات النظام العام . وينازع الكاتب في متانة الأساسين السالفين . نفس المرجع ٢٤٦ .

(٢) والحكم الصادر من محكمة النقض في ١٦ يناير ١٨٦١ . ١ . ٣٠٥ ودالوز ١٨٦١ . ١ . ١٩٣ وقد اتبع نفس الحكم بالنسبة للهولنديين في فرنسا قارن ٨ فبراير ١٨٨٣ . ٢ . ١٦٩ وقارن كذلك حكم ٢٢ يولييه ١٩٣٣ . سيرى . ١٩٣٤ . ١ . ٢٣٠ بالنسبة لأهلية المرأة المتزوجة الرومانية حيث أعطى زوج لزوجته إذا بالتصرف وكان هذا الإذن باطلا لعدم استيفاء الشروط المقررة في قانون دولة رومانيا ، ومع ذلك فقد حلت المحكمة الفرنسية العقاد الفرنسي ضد هذا البطلان . والحاصل أن نظرية المصلحة الوطنية =

أخذاً بنظرية الصالح الوطني . ومنذ هذا التاريخ توالى الأحكام فى القضاء الفرنسى بشأن هذه النظرية . وقد نسب البعض^(١) أساسها لفكرة الاثراء بلا سبب ، فهى اذن لا تتعلق لا بالأهلية ولا بالحالة ، كما أنه لا علاقة لها بالنظام العام . على أنه من الجهة الأخرى قد وجه اليها بعض الكتاب النقد ، فقالوا ان فى اتباعها هدماً لقواعد تنازع القوانين فيما يتعلق بالأحكام الواجبة التطبيق على أهلية الأجانب^(٢) ، ولكن الأغلبية من رجال الفقه تؤيد الأخذ بها ورجعوا ، تأييداً لوجه نظرهم ، الى فكرة الاثراء بلا سبب ، وقالوا مع ذلك بضرورة اتباع التفرقة الآتية .

أولاً : أنه بالنسبة للعقود الجارية Courants وهى التى يترتب عليها حتماً منفعة للقاصر كالعقود المتعلقة بمأكله ومشربه وعلاجه ... الخ لا بد من احترامها ، أى يؤخذ هنا بالنظرية .

ثانياً : العقود الأخطر من السالفة . وهى التى تستلزم تحوطات أكثر كبيع العقارات مثلاً فإنه يجب احترام حكم القانون الأجنبي فى هذه الحالة ، أى أنه لا يؤخذ بالنظرية لأن الوطنى يعتبر مقصراً لعدم تحريره عن التعامل معه تحرياً كافياً . ولا شك فى أن فيصل التفرقة السالف قد يدق فى بعض

== لا تقتصر فقط على حالة نقص الأهلية لعدم بلوغ سن الرشد المقرر فى قانون الأحوال الشخصية بل تمتد الى الأسباب الأخرى فى نقص الأهلية وهى الحجر لأسبابه المختلفة ، وكذلك بالنسبة للمرأة المتزوجة التى يفترض القضاء فى فرنسا أن لديها توكيلاً ضمناً من زوجها فى شراء ما يلزم لحاجياتها وحاجيات المنزل مع بقاء مسئولية الزوج قاعمة اذ لا يحق له الاحتجاج بعدم اعطاء الاذن للهرب من هذه المسئولية . قارن رسالة Edmond Aubry السابق الإشارة اليها . ٢٤٣ وما بعدها .

(١) ومن أنصارها Weiss . ٣ . ١٦٤ . و Surville نبذة ١٥١ و Bartin فى دراساته ١٩٦ وقارن . Pillet-Niboyet ٧١٢ — ٧١٣ .

(٢) انظر Pillet . ١ . ٥١٠ وهنا تظهر فائدة اخضاع الأهلية لقانون الوطن ، اذ علاقة الوطن ظاهرة خلاف علاقة الجنسية التى قد تنحى .

الأحيان^(١).

وعلى أية حال فمن المقرر أنه إذا استعمل الشخص وسائل من شأنها إيهام العاقد الوطني أنه أهل، ثم ثبت عكس ذلك فيما بعد، يعتبر مسئولاً مسئولية فعالية لارتكابه فعلاً ضاراً، وعرفنا أن الفعل الضار يخضع للقانون المحلي^(٢).

٣٢٨ — وقد تساءل البعض في مصر عما إذا كان من الممكن الأخذ بهذه الفكرة (فكرة الصالح الوطني) أو لا؟ فيرى المرحوم أبوهيف بك^(٣) جواز ذلك معتمداً على نص المادة ٢٩ من لأئحة ترتيب المحاكم الأهلية و٤ من لأئحة ترتيب المحاكم المختلطة. وهذا التعليل في اعتقادنا محل نظر، إذ أن مجال تطبيق مبادئ العدالة والقانون الطبيعي غياب النص الوضعي أو غموضه أو عدم كفايته، أما هنا فالنص صريح في أن الحكم في الأهلية المطلقة أو المقيدة يرجع فيه لقانون الأحوال الشخصية، سواء كان قانون الجنسية أو قانون الديانة، ويرى الأستاذان الزيني ورياض^(٤) أن هذه النظرية غير مطبقة في مصر.

وإذا رجعنا إلى أحكام المحاكم المختلطة في هذا الصدد وجدناها تقرر إمكان مخالفة المبدأ المقرر في المادة ١٩٠ م.م إذا كان عدم الأهلية مقرراً بصفة استثنائية بأن كان راجعاً إلى حكم مقرر للحجر أو للأفلاس والاستثناء في الحالة الأخيرة أساسه الأخذ بمبدأ اقليمية اشهار الافلاس^(٥) كما أنه حكم أيضاً، أنه إذا حصل غش من الأجنبي بأن أبرز أوراقاً مزورة لإثبات أهليته للتعامل فإنه لا يؤخذ بأحكام قانونه. وظاهر أن أساس الحكم بالمسؤولية هنا هو الفعل الضار. وقضى أيضاً أنه إذا كان هناك من الظروف ما يحمل على الاعتقاد أن الطرف الآخر

(١) قارن رسالة Edmond Aubry . ٢٥٠ و Pillet-Niboyet . ٧١٣ .

(٢) قارن أبوهيف بك . ٤٣٠ — ٤٣١ والأحكام التي أشار إليها. والمسؤولية هنا فعالية حسب الاصطلاح الذي ابتكرته محكمة النقض المصرية في حكمها الصادر في ١١ أبريل سنة ١٩٣٥ مجلة القانون والاقتصاد . السنة الخامسة ملحق ١٥٩ .

(٣) راجع مؤلفه . ٤٢٨ .

(٤) انظر مذكرات الأستاذ الزيني ٢٥٧ . ومؤلف الأستاذ رياض . ٢ . ١٩١ .

(٥) انظر موسوعة القانون الدولي تحت كلمة « Intérêt national » .

مصرى يبلغ الثامنة عشرة وكان هذا الشخص فى الحقيقة قاصرا وفقا لقانونه الايطالى فان تعاقدده صحيح^(١).

ويتبين مما تقدم ، وعلى الأخص ، من هذا الحكم الأخير أن للنظرية أساسا يمكن الارتكاز عليه فى القضاء المختلط^(٢) . وأنه يجب الأخذ بها حماية للمصريين من مفاجآت التشريعات الأجنبية بعد أن وحدث من الرشد الآن بالنسبة للمصريين جميعا ، وذلك بمقتضى قانون ١٣ أكتوبر سنة ١٩٢٥ . ولاشك فى أنه يمكن الاستعانة فى هذا الصدد بفكرة الأثر بلا سبب ، كما فعل الفقه والقضاء فى فرنسا^(٣) .

(١) ٦ يناير ١٩٠٨ . م . ت . م . ٢٠ . ٥٠ وقد أورده المرحوم أبو هيف بك ٤٣١ .

(٢) ومن أغرب الأحكام المختلطة التى عثرنا عليها فى هذا الصدد الحكم الصادر فى القضية الآتية :

كان النبيل عمر حليم متزوجا من سيدة مصرية اعتادت أن تكلف محل Lnoien Lelong فى باريس بعمل ما يلزم لها من ثياب . وحدث أن كلفت الزوجة هذا المحل بعمل ملابس غالية الثقيمة ، فلما طالب المحل النبيل بالوفاء رفض الدفع مقررا أن زوجته مصرية وأن أهليتها فى التعاقد كاملة وفقا للتشريع المصرى ، ويترتب على ذلك أنها مسئولة وحدها عن الوفاء ، خصوصا أنها قد طلقت . وقال محامى المدعى أن الزوج مسئول عن الوفاء بناء على نظرية الوكالة الضمنية المقررة فى فرنسا بالنسبة لزوجات الفرنسيات . وأن الفرنسى لا يضار بأحكام النصوص الأجنبية المتعلقة بالأهلية حتى لو كانت تفرز أهلية المرأة كاملة . وقد أخذت المحكمة المختلطة بهذه النظرية ولاشك أن ذلك تطبيق لنظرية المصلحة الوطنية . فكانت المحكمة المختلطة قد قضت كما لو كانت تقضى المحكمة الفرنسية . والغريب فى هذا الحكم أن النظرية السالفة إنما يرجع إليها حماية للوطنيين ، فكان من المعقول أن يستند عليها فى مصر حماية للمصريين ، ولكن منع من ذلك وجود المحاكم المختلطة بصفتها الدولية الظاهرة ، وإن كان المفروض أنها مصرية اسما . وعلاوة على ذلك فإن القول بالوكالة الضمنية فى فرنسا دائما بالنسبة للمرأة الأجنبية الأوروبية مشكوك فيه ، فالمسألة خلافية هناك . راجع رسالة Edmond Aubry . ٢٥١ — ٢٦٣ والخلاصة أنه بمقتضى هذا الحكم الصادر من محكمة مصرية ولو اسما ، تخضع أهلية امرأة متزوجة مصرية لحكم القانون الفرنسى ١١ والحكم صادر فى ٢ مايو ١٩٣٥ . م . ت . م . ٤٧ . ٢٩٣ .

(٣) تراجع المادة ١٣١/١٩١ مدنى أهلى ومختلط وأبو هيف بك المرجع السابق . وفى شرح أحكام القانون الخاص بالمجالس الحسينية مؤلف الأستاذ هاشم محمد منها القاضى بالمحاكم الأهلية ١٩٣٥ .

الفصل الخامس

النظريات الحديثة في تنازع القوانين^(١)

تمهيد

٣٣٩ — رأينا في أثناء دراستنا لتنازع القوانين في مصر مقدار النقص والغموض الذي يحيط بالنصوص التشريعية ، وكذلك الاختلافات الواسعة المدى بشأن الحلول الواجبة الاتباع ، وأن القضاء قد سار في سبيل حلها على هدى العادات الدولية واتباع مبادئ العدالة ، فلعب دورا هاما ودقيقا ، وذلك نظرا لما تثيره مسائل تنازع القوانين من صعوبات ترجع في أساسها الى تعلقها بسيادة الدولة على اقليمها وعلى رعاياها في الخارج . على أن القضاء لم يكن في مقدوره مطلقا أن يتخلى عن تطبيق النصوص التشريعية والوطنية مهما ظهر له من عجزها وقصورها عن تحقيق العدالة ، اذ أن مهمته هي تطبيق النصوص التشريعية والتقيدها قبل أى اعتبار آخر ، لذلك كان من الطبيعي أن يترك جانبا الحلول التي يشير بها رجال الفقه مادامت متعارضة مع النصوص التشريعية الصريحة ، حتى لو كانت هذه الحلول عادلة وموافقة . ازاء هذه الاعتبارات ظهرت حركة فقهية في فرنسا ترمى الى التنقيح في قواعد تنازع القوانين^(٢) . على أن الاصلاح قد تحقق فعلا في بعض التشريعات

(١) وأقصد بذلك النظريات التي ظهرت عقب ظهور التشريع المصرى ، اذ قد شرحنا النظريات السابقة عليه في الفصل الأول من هذا الكتاب .

(٢) وهذه الحركة متواضعة اذ تتجه في الغالب الى وضع نصوص جديدة فيما يتعلق بحالة الأجانب في فرنسا وحالة الفرنسيين في الخارج . على أنه من وجهة تنازع القوانين البحتة يرى الفقه الفرنسى ضرورة الرجوع الى قانون الموطن لحكم بعض مسائل الأحوال الشخصية . ويظهر أن السبب في ذلك راجع الى كثرة هجرة الأجانب الى فرنسا فوجد أنه من المصلحة اخضاعهم للقانون الفرنسى ولا يتيسر ذلك الا عن طريق الأخذ بقانون الموطن فقالوا به . انظر المشروع الذى بحث في جمعية الدراسات التشريعية الفرنسية في مجلتها سنة ١٩٢٨ وسنة ١٩٣٠ . وقارن Pillet-Niboyet . ٧٠٢ — ٧٠٥ .

الحديثة الأخرى فارتفع عنها كثير من الغموض ، واستكمل بذلك جانب كبير من النقص ، ووجد القضاء في هذه البلاد عونا في النصوص التشريعية فارتكز على أساس متين ظاهر . ولم تقف حركة الإصلاح عند حدود النصوص الداخلية بل عقدت المؤتمرات والاتفاقات في سبيل توحيد بعض القواعد وذلك تحقيقا للأغراض المشتركة بين الدول ؛ ومحافظة على تحقيق العدالة في العالم المتمددين^(١) .

٣٣٠ — ومع ذلك فقد ظهرت با كورة حركة الإصلاح في فرنسا ، فقال كتابها بضرورة التحرر من ربة النظريات السابقة على مجموعة نابليون ، وظاهر أن المراد بذلك هو نظرية الأحوال في صورها المختلفة . ولقد بينا فيما مضى مقدار تأثير المشرع الفرنسي بها ولو أنه لم يقرها صراحة^(٢) . والواقع أن شراح مجموعة نابليون الأولين أجمعوا على احترام نظرية الأحوال^(٣) ، ولكن تبين بعد ذلك لرجال الفقه أن التعلق بأهداب هذه النظرية ضار بالمصالح المختلفة ، وأن الأولى التحرر من قيودها فوجهوا إليها سهام النقد ولم يقفوا عند حدود الانتقادات التي وجهت إليها في القرن الثامن عشر ، بل أظهروا لها مثالب جديدة ، فادعوا أن المشرع الفرنسي تنكر لها ودلوا على ذلك من طريق تفسيرهم للمادة الثالثة تفسيراً خاصاً^(٤) ، ومن طريق مقارنتها بنظرية الأحوال القديمة وقالوا بضرورة التوسع في تطبيق قانون الجنسية ما أمكن . والخلاصة أن القضاء الفرنسي أعطى نفسه

(١) وقد رأينا فيما مضى أن الاتفاقات الجمعية أقل نجاحاً من غيرها .

(٢) راجع قبله ١١٨ وما بعدها . حيث قررنا أن المشرع الفرنسي قد تأثر بحلول نظرية الأحوال دون أن يأخذ بها كاملة .

(٣) وتابعهم في هذا الرأي Varenille-Sommières في مؤلفه سنة ١٨٩٧ .

(٤) فقالوا ان المادة الثالثة في فقرتها الأولى تتكلم عن النظام العام وهي فكرة كانت مجهولة عند الكتاب الأقدمين . وكذلك فإن الفقرة الثانية بسكوتهما عن ذكر المنقولات يمكن أن تعتبر تطبيقاً للقاعدة الأولى . والفقرة الثالثة تدل دلالة صريحة على البعد عن نظرية الأحوال القديمة إذ أخضعت الحالة والأهلية لحكم قانون الجنسية بدلاً من قانون الوطن . انظر Weiss في كتاب العيد الثوري للقانون الفرنسي ١ - ٢٤٩ - ٢٦٢ .

الحرية من جديد في تفسير قواعد تنازع القوانين تفسيراً متفقاً مع تغير الحالات الجديدة دون التقييد بمبادئ نظرية الأحوال المهجورة^(١)، بل وأكثر من هذا فقد اتجه الفقه اتجاهات أخرى فابتدع بعض رجاله نظريات مبتكرة لحل مسائل تنازع القوانين.

٣٣١ - ولا يمكنني هنا أن أتكلم عن كل النظريات المقترحة بل أكتفي فقط بشرح أهمها. لذلك أبدأ أولاً يبحث نظرية الأستاذ Pillet لأنها تمثل اتجاهها ما في الفقه الفرنسي. ومؤدى هذا الاتجاه وضع نظام^(٢) عالمي لحل مسائل تنازع القوانين. فإذا ما فرغنا من هذه النظرية أعقبناها بنظرية أخرى هي نظرية الأستاذ Bartin لأنها تمثل بدورها اتجاه آخر لا يقل أهمية في الفقه الفرنسي، إذ ترمى إلى وضع حلول معقولة لمسائل تنازع القوانين، كل على حدة، فطريقته اذن طريقة تحليلية.

٣٣٢ - ولكن لما كانت حركة الإصلاح غير مقصورة على فرنسا بل امتدت إلى غيرها من سائر البلاد كبلجيكا^(٣) وألمانيا فأننى أفضل الكلام بإيجاز في نظرية أحد الشراح الألمان الحديثين ويسمى Frankenstein وذلك للوقوف على حالة نظريات تنازع القوانين في ألمانيا بعد ظهور نظرية Savigny وصدور التشريع الألماني الحديث في سنة ١٩٠٠.

(١) انظر مؤلف Donnedieu de Vabres السابق الإشارة إليه في مقدمته ١ - ٢٠.

(٢) وهو ما يطلق عليه بالفرنسية Système universel فكان بذلك مقلداً لنظرية Mancini من حيث الطريقة وإن خالفه من حيث الغرض.

(٣) وفي بلجيكا ابتدع Pouillet نظرية جديدة لا داعي لشرحها هنا.

المبحث الأول

في

نظرية الأستاذ Pillet^(١)

٣٣٣ — ويعطى الأستاذ نظريته عنوانا خاصا وهو « مدرسة تحديد الآثار الدولية للقوانين من طريق اعتبار غرضها^(٢) ». وقد ظهرت هذه النظرية منذ سنة ١٨٩٤ ، وتمهدها صاحبها بعد ذلك بالعناية في مؤلفاته وأبحاثه ، وتتميز بصبغتها العلمية البحتة ، اذ أنها بعيدة عن الاعتبارات السياسية ، كما هي الحال في نظرية Mancini . فيرى الأستاذ Pillet الى وضع حلول عادلة لمسائل تنازع القوانين ، دون الجرى وراء تحقيق أى غرض سياسى . ومن الممكن العثور على أوجه شبه كبيرة بين ما قال به Pillet وما قال به Savigny من قبل . ولقد لاحظ ذلك Pillet فاعتبر نفسه متما لما قال به Savigny .

٣٣٤ — ويرى Pillet أن من الأوفق أن تكون قواعد تنازع القوانين ذات صبغة دولية ظاهرة^(٣) ، وذلك على خلاف ما هو واقع من أن لهذه القواعد صبغة وطنية بحتة ، اذ تعتبر جزءا من التشريعات الداخلية ، وتطبق فى داخل كل دولة دون مراعاة لنظائرها فى الدول الأخرى . فيقرر Pillet أن النسج على هذا المنوال كثيرا ما ينتهى بالظلم والعدوان على حقوق الأفراد ، وأن الأجدر بالدول ،

(١) "Ecole de la détermination de l'effet international des lois par la considération de leur but" أى أن القوانين تبحث وتفحص وفقا للأغراض التى تنشدها . ولنا يطلق العميد Valéry على هذه النظرية اصطلاح "Système téléologique" .

(٢) وهنا يبدأ الشبه بينه وبين Savigny . وهذا لا ينفى أن لنظرية الأستاذ مميزات الخاصة بها .

(٣) وظهرت هذه النظرية فى أول الأمر فى الأبحاث التى نشرها الأستاذ فى مجلة Clunet فى السنوات ١٨٩٤ — ١٨٩٦ ووضعها فى شكلها النهائى فى مؤلفه المطول . ١ . نبذة ٢٩ وما بعدها ، وعالجها فى كتابه المختصر Manuel من جديد وانضم اليه مؤيدا تليذه Niboyet فى مؤلفهما المشترك . ٤١٣ وما بعدها .

أو بعبارة أخرى بتشريعات الدول ، أن لا يتجاهل بعضها البعض ، بل على العكس لابد أن تتعاون في سبيل تحقيق العدالة بين جميع الأفراد بغض النظر عن انتسابهم لدول مختلفة .

٣٣٥ - ويعتبر الأستاذ أن تنازع القوانين هو في الحقيقة تنازع بين سيادات التشريعات المختلفة ، وأنه من اللازم أن تحترم سيادة كل تشريع أكبر احترام ممكن^(١) ، فكما أن الأفراد في حياتهم اليومية ، وهم مستقلون كل عن الآخر ، يدينون بعضهم لبعض باحترام متبادل كي يتمتعوا بأ أكبر قسط من الحرية ، كذلك التشريعات ، فانه رغم استقلالها في حياتها الدولية لا بد أن يحترم بعضها البعض كي تتمتع بأ أكبر قسط ممكن من السيادة . ولا يوجد في هذا الاحترام المتبادل ما يشعر بامتهان بعض التشريعات لمصلحة البعض الآخر . وعلى ذلك اذا عرضت مسألة من مسائل تنازع القوانين فانه يترك حلها للتشريع الذي يهمه أكثر من غيره حل هذا التنازع ، وهذا هو مظهر الاحترام الواجب لهذا التشريع ؟ ولكن كيف يتعين هذا الأخير ؟

٣٣٦ - لتعيين ذلك التشريع يرى الأستاذ ضرورة البدء ببحث خصائص التشريع loi في القانون الداخلي . وبيان ذلك أن للنصوص التشريعية خصيصتين هامتين :

الأولى : الاستمرار ، ومعنى ذلك أن التشريع ، بمجرد ظهوره الى حين الغائه يسرى على الأشخاص دون انقطاع في أى جهة كانوا في داخل حدود

(١) نقطة البداية هذه عند الأستاذ تشير بجلاء أن أساس نظريته هو مبدأ وجوب احترام سيادة التشريع أكبر احترام ممكن le maximum de respect de souveraineté . وهذا المبدأ كما هو ظاهر متصل بالقانون الدولي العام ، ولا غرابة في ذلك لأن الأستاذ كما رأينا يعتبر القانون الدولي الخاص قانوناً دولياً ، على الأقل في أغلب مظاهره . انظر قبله ٧٨ ومؤلف Pillet Niboyet . ٤١٤ وراجع في وجوب التفرقة بين هذا المبدأ ومبدأ المجاملة الدولية نفس المرجع ٤١٥ .

الدولة ، فمثلا القانون الذى يجعل سن الرشد بالنسبة للمصريين ٢١ عاما^(١) يحكم القصر منهم منذ ولادتهم الى حين بلوغهم بطريقة مستمرة ما دام هذا التشريع لم يبلغ بآخر .

الثانية : العمومية بمعنى أن القانون يطبق على كل المواطنين الموجودين فى داخل حدود الدولة . فالخصيصة الأولى متعلقة بالزمان والخصيصة الثانية متعلقة بالمكان .

وفى تحليل الأستاذ لخصائص القانون على الوجه السالف تمحاشى العلائق ذات العنصر الأجنبى ونظر فقط الى المسألة من وجهة داخلية محضة . فاذا انتقل الأستاذ الى نطاق تنازع القوانين فانه يقرر أن القوانين الداخلية لا بد أن تفقد احدى هاتين الخصيصتين ، اذ ليس من الممكن أن تسرى هذه القوانين على جميع الأفراد التابعين لدول مختلفة ، كما أنه لا يمكن أن تسرى فى داخل حدود الدول الأخرى ، والا أصبحت قوانين دولية بالمعنى الحقيقى ، وهذا أمر غير متحقق الى الآن .

٣٣٧ — وعلى ذلك فالقوانين الداخلية بالنسبة للعلائق الأجنبية ، اما أن تقوى فيها خصيصة الاستمرار فتتبع الأشخاص الى الخارج extra-territoriale واما أن تقوى فيها خصيصة العمومية فتسرى على الأجانب فى داخل حدود الدولة territoriale . فيجب اذن معرفة متى تغلب احدى هاتين الخصيصتين على الأخرى . ولتحديد ذلك يرى الأستاذ ضرورة بحث الغرض الاجتماعى للتشريع^(٢) ، على الوجه الآتى :

افترض الأستاذ أن فرنسا موجودا فى الخارج أراد الزواج فما هو القانون

(١) وكذلك التشريع الذى يحكم الزواج فانه يحكم كل عقد من هذا النوع بطريقة مستمرة ما دام الزواج قائما . راجع Pillet-Niboyet . ٤١٦ .

(٢) ويقول Pillet فى هذا الصدد « Le but social est l'âme de la loi » أى أن الغرض الاجتماعى للتشريع هو روحه . قارن دروس Lévy-Ullmann ١٩٣٥ . ٢١٣ .

الذى يحكم أهليته ؟ وهل هو القانون الفرنسى باعتبار أن هذا القانون مستمر ، أو القانون الأجنبى باعتبار أن هذا القانون عام ؟ لا شك أنه من غير الممكن تطبيق التشريعين فى وقت واحد بل لا بد من التضحية بأحدهما (أقل القانونين تضحية^(١)) وترك المجال للتشريع الذى له مصلحة أكبر فى حكم هذه العلاقة . فإذا قلنا بتطبيق القانون الفرنسى فعنى ذلك أننا اعترفنا لهذا القانون بأثر خارج اقليمه ، اذ يحكم الرعايا الفرنسيين حتى لو وجدوا فى الخارج ، فتقوى بذلك خصيصة الاستمرار ، ونكون فى الوقت نفسه قد أهملنا تطبيق التشريع الأجنبى ، وكأن عموميته أو اقليميته فى داخل حدود بلاده ليست مطلقة . فى الصراع بين الخروج عن الاقليمية ، والاقليمية تغلب الأولى على الثانية فيما يتعلق بهذا التنازع ، فلم ذلك ؟ يجب الأستاذ عن هذا بأنه من اللازم تحقيق الغرض الاجتماعى للقانون ، اذ لكل قانون غرض اجتماعى يرمى اليه ، فإذا أهمل أصبح التشريع عبثا . وتحقيق هذا الغرض الاجتماعى ليس مقصورا فقط على العلائق الداخلية بل يتناول أيضا العلائق الدولية . فتحقيق الغرض الاجتماعى للقانون قد يوجب تغليب خصيصة الاستمرار فى بعض الأحوال وتغليب خصيصة العمومية فى البعض الآخر ، كما هى الحال بالنسبة للقوانين المتعلقة بالعقارات أو القوانين الجنائية فخصيصة العمومية هى التى تغلب اذ تطبق هذه القوانين على كل الأشخاص الموجودين داخل حدود الدولة^(٢) بما فيهم الأجانب حتى من كان منهم مارا بها . فيلزم اذن الوقوف على الغرض الاجتماعى للقانون نظرا لأهميته السالفة . ولم يغفل الأستاذ عن الصعوبات التى تقرب فى سبيل ذلك ، فوضع وسيلة لاكتشاف هذا الغرض الاجتماعى ، مدارها ضرورة التساؤل مبدئيا عن يعود

(١) أو ما يعبر عنه بالفرنسية *la loi du moindre sacrifice* . قارن Pillet-Niboyet . ٤١٨ ومختصر دالوز . ٢٠٦ .

(٢) وهى ضمن قوانين النظام العام عنده كما رأينا لأنها موضوعة لضمان المصالح العامة *garantie sociale* وليست لحماية المصلحة الفردية *protection individuelle* راجع قبله . ٢٤٢ .

عليه النفع من تطبيق التشريع . فإذا كان الغرض من التشريع هو منفعة الفرد تغلبت خصيصة الاستمرار ، وكان للتشريع أثر خارج الاقليم ، ولكن اذا كان الغرض من التشريع هو تحقيق نفع للجماعة تغلبت خصيصة العمومية ، وكان للتشريع صبغة اقليمية . وينبنى على ذلك ، أننا اذا امتنعنا عن تغليب احدى هاتين الخصيصتين ، كل في نطاقه ، فات علينا تحقيق أغراض التشريع في الحالتين . وقد رأينا الأمثلة التي ضربها الأستاذ بشأن القوانين الخاصة بأهلية الزواج والقوانين المتعلقة بالعقارات .

٣٣٨ — والوسيلة التي يقول بها الأستاذ للوقوف على الغرض الاجتماعي في القانون ذات وجهين . وقد رأينا وجهها الايجابي ، أما وجهها السلبي فمداره وجوب التساؤل عن يضره عدم تطبيق القانون ، ففي المثال الخاص بأهلية الزواج يقرر الأستاذ أن عدم تطبيق القانون الفرنسي يضر بالشخص ، فهذا القانون اذن مستمر^(١) ، ولذا يطبق على الفرنسيين في الخارج ، وفي المثال الخاص بالعقارات ظاهر أن عدم تطبيق قانون العقار يضر بالمصلحة العامة ، فهذا القانون اذن عام قبل كل شيء فيحتفظ بصفته الاقليمية .

ويتبين مما تقدم أن تطبيق نظرية Pillet يستدعى قبل كل شيء فهم القوانين فهما تاما للوقوف على أغراضها الاجتماعية حتى يمكن في النهاية تغليب احدى الخصيصتين السالفتين على الأخرى .

٣٣٩ — ونظرية الأستاذ نظرية علمية معقولة ومنطقية ، لذلك صادفت نجاحا كبيرا عند الكتاب وعلى الأخص خارج فرنسا ، أما في فرنسا فانها لم تسلم من النقد ، فقال عنها Valéry^(٢) انه من الصعب معرفة متى يكون القانون مستمرا ومتى يكون عاما ، فوسائل التفرقة التي اقترحها Pillet لا تكفي لذلك . وضرب الأستاذ مثلا بقوانين الجنسية ، وقوانين النفقة بين الأقارب وقوانين

(١) أي تقوى فيه صفة الاستمرار على صفة العمومية .

(٢) قارن مؤلفه نبذة ٣٦٤ وما بعدها .

الافلاس . فانه يصعب هنا القول بصفة قاطعة بتطبيق قانون من القوانين المتنازعة دون الأخرى ، فعند التنازع الايجابي بشأن الجنسية أى قانون هو المفضل ؟ أيها يعتبر مستمرا دون الآخر ؟ وفي الالتزام بالنفقة بين الأب والابن المختلفى الجنسية ، أى قانون هو الواجب التطبيق ^(١) ؟ وهل قوانين النفقة موضوعة لمنفعة الأبناء أو لمنفعة الآباء ؟ وبالنسبة لقوانين الافلاس ، هل يطبق قانون المفلس أو قانون مركز أعماله ؟ أو قوانين دائنيه ؟ وأيها له صفة الاستمرار أوصفة العمومية ^(٢) .

وقال الأستاذ Lerebours-Pigeonnière أن فيصل التفرقة المستمد من غرض القانون بعيد عن أن يكون عمليا ، لأن يضع مصالح الأفراد جانبا ويهتم فقط بالفكرة التى رعى المشرع الى تحقيقها ^(٣) ، وليس أدل على ذلك من صعوبة تقسيم القوانين الى قسمين أحدهما يتعلق بمنفعة الأفراد والآخر يتعلق بمصلحة الجماعة ، إذ أن القوانين فى الحقيقة ترمى فى الغالب الى تحقيق هذه المصالح مجتمعة من طريق إيجاد توازن بينها جميعا . وقد أظهر التطبيق العملى أن هناك قوانين قصد بها مصلحة الجماعة ومع ذلك فان لها أثرا خارج الاقليم كما رأينا بالنسبة لبعض نصوص قوانين العقوبات ^(٤) ، وكذلك بالنسبة للقانون الذى يحكم الحوادث التى تقع للعمال فى الخارج ، ولو أن التعاقد حاصل فى فرنسا وذلك وفقا لقانون ١٨٩٨ .

(١) قارن Pillet-Niboyet . ٤٢١ .

(٢) وقد تردد Pillet نفسه فى تطبيق وسائله السابقة فغير رأيه فى بعض القوانين ، كالقوانين المتعلقة بالمواريث فبدأ القول بأنها مستمرة وأوصى بتطبيق قانون الجنسية ثم عاد فقرر فيما بعد أنها تخضع لقانون الوطن . مؤلف Pillet-Niboyet . ٨٢٧ .

(٣) انظر مؤلفه ٢٠٩ — ٢١٠ حيث يقرر أن الأخذ بنظرية Pillet قد يترتب عليه الاضرار بالعلاقات الدولية لأنها تقوم فقط على تحقيق الأغراض الداخلية للقانون .

(٤) قارن Pillet-Niboyet بالنسبة للجرائم والأفعال الضارة التى تقع فى المراكب وهى فى عرض البحر ، وأشار كذلك الى قضية الباخرة « لوتس » الشهيرة المشار اليها فى المجلة . ١٩٢٨ .

٣٤٠ — والواقع أن نظرية Pillet تعود بنا في الحقيقة الى تقسيم D'Argentré، أى الى أن الأحوال عينية وشخصية^(١)، ولكن تحت ستار الاقليمية والخروج عنها. ويظهر أن رغبة الأستاذ في وضع نظام لحل مسائل تنازع القوانين دفعه في نهاية الأمر الى وضع تقسيماته العامة السالفة فوق في أخطاء سابقه.

٣٤١ — ويحسن هنا أن نوازن بين نظرية Pillet وبين السابقين له. بنى الأستاذ نظريته على أن قواعد تنازع القوانين يجب أن تكون قواعد دولية، وأساس ذلك الاشتراك القانوني الموجود بين الدول فأيد بذلك وجهة نظر Savigny ومؤداها أن هناك اشتراكا قانونيا بين الدول المتحدة المدنية، كما أنه اعتبر تطبيق القانون الأجنبي بعيدا كل البعد عن فكرة المجاملة الدولية بل أساسه الالتزام القانوني بتقرير العدالة، ولذلك رفض الأخذ بنظرية الأحوال كما فعل Savigny من قبل. على أن الجديد في نظرية Pillet أنه اعتبر تنازع القوانين متعلقا بالسيادة أى أنه تنازع بين السيادات، وأن من الواجب أن تتمتع سيادة كل تشريع بأكبر قسط ممكن من الاحترام، ولو أدى ذلك الى تضحية سيادة التشريعات الأخرى المتنازعة، مع ملاحظة أن الأستاذ لم ينظر الى فكرة السيادة من وجهة سياسية كما فعل Mancini من قبل وكما تبعه في ذلك Weiss في فرنسا، وإنما نظر اليها فقط من وجهة التطبيق القانوني البحت أى من وجهة السيادة التشريعية فحسب. وتقرّب نظرية الأستاذ من نظرية D'Argentré في أنها تقوم على تحليل القانون في ذاته لاعلى تحليل العلاقة القانونية عند Savigny ولا على معرفة الأشخاص الذين ينطبق عليهم كما هي الحال عند Bartole.

(١) اذ أن D'Argentré كان يحل القانون من حيث هو وتعلقه بالأشخاص أو بالأموال وكذلك Pillet يحل القانون من حيث هو ولكن على أساس غرضه، لذلك كان الشبه ظاهرا. راجع دروس Lévy-Ullmann ١٩٣٥ . ٢١٦. ومع ذلك فالظاهر أن Pillet لا يقر تقسيم القوانين بحسب موضوعها الى شخصية وعينية. راجع Pillet-Niboyet ٤٢٦. ولكن مع ذلك يقر تقسيم القوانين الى مستمرة وعامة وهو ما يمكن أن يعتبر رجوعا الى التقسيم القديم تحت ستار آخر ١١

٣٤٢ — وقد ألحق الأستاذ Pillet^(١) بنظريته فكرة احترام الحقوق المكتسبة . فنطاق تنازع القوانين محدود في معرفة القانون الذي يحكم « الحق في طريق التكوين droit à être » ، أى القانون الذي يحكم اكتساب الحق acquisition de droit من حيث هو^(٢) ، ولكن اذا كان الحق قد اكتسب من أول الأمر ، كما اذا تم الزواج بين زوجين بلجيكيين فى بلجيكا وقام نزاع على صحة الزواج في فرنسا فالمسألة بعيدة عن أن تكون متعلقة بتنازع القوانين لأن الحق قد اكتسب من قبل تحت سلطان القانون البلجيكي ، وانما المهم الآن هو ضرورة احترام الحق المكتسب respect du droit acquis فى فرنسا . فمسألة تنازع القوانين وهى اكتساب الحق تأتى أولا ثم تليها مسألة احترام الحقوق المكتسبة أو تحديد آثار هذا الحق فى الخارج ، كما قال بذلك الكتاب الانجليزي من قبل^(٣) . ولقد ضرب الأستاذ أمثلة عديدة للفرقة بين اكتساب الحق واحترام الحقوق المكتسبة وقال بأنها لم تكن معروفة من قبل ؛ وزعم أن له الفضل فى اكتشافها .

٣٤٣ — وقد انتقد الكتاب التفرقة السابقة واعتبروها عديمة الفائدة لأنها لا تحل اشكالا ، فهى اذن تفرقة مدرسية يقصد بها الشرح والايضاح ولكنها لا تقدم فى شيء ، ودلل الأستاذ Arminjon على صحة ذلك بالاستناد على مثل ضربه Pillet وهو خاص بالمتنول المملوك لشخص وفقا لقانون بلد معين فاذا انتقل به صاحبه الى بلد اخر ، فهل يعترف له بصفته كمالك وفقا للقانون

(١) انظر مؤلفه المطول . ١ . ١١٩ — ١٢٧ وفى تطورات هذه الفكرة Pillet-Niboyet . ٤٣٦ .

(٢) قارن Pillet-Niboyet . ٤٢٩ — ٤٣١ حيث تجد أمثلة مختلفة .

(٣) راجع Dicey . ٢٣ حيث يجعل محور قواعد تنازع القوانين وجوب احترام الحقوق المكتسبة .

الأجنبي^(١) ؟ لا شك أنه اذا كانت شروط اكتساب ملكية المنقول واحدة في البلدين فلا محل للتنازع ، ولكن اذا كانت الشروط مختلفة فان محاكم البلد الجديد ستتردد في الاعتراف له بصفة المالك الا اذا أدى تطبيق قواعد الاسناد الى ذلك^(٢) . فهناك اذن دائماً تنازع بين القانون الذى اكتسب الحق تحت سلطانه وبين قانون الجهة التى يراد فيها استعمال هذا الحق أو الاعتراف له بآثار وأن قواعد الاسناد هى التى تحمل هذا التنازع ، وكأن التفرقة لم تجد فتىلاً ، فالحق المكتسب لا قيمة له الا اذا اعترف به تشريع الدولة التى عرض على محاكمها النزاع . وكيف يمكن القول بوجود حق مكتسب الا اذا اعترف أولاً بالقانون الذى اكتسب تحت سلطانه ، أو ليس تحديد هذا القانون من وظائف قواعد الاسناد^(٣) . فالعلاقة اذن متينة بين الحق المكتسب وقواعد التنازع ، ولذا كانت فكرة احترام الحق المكتسب على ما هى عليه مصادرة على المطلوب ، وربما كان من الأوفق الاقتصار على اعتبارها ضمن أسس تطبيق القانون الأجنبي فى غير بلاده^(٤) . لا الاعتماد على هذه الفكرة وحدها لاستخلاص الحلول الواجبة الاتباع بصفة عالمية^(٥) .

(١) ومن الأمثلة التى تناق للدلالة على التفرقة بين الحق فى طريق الاكتساب والحق المكتسب ، حالة الزوج الذى تحصل على حكم بالطلاق من محاكم بلد معين فهل يحق له فى بلد آخر أن يستفيد من صفته كمطلق فيتزوج من جديد ، واذا تأملنا فى هذا المثال وما يشابهه وجدنا فى الحقيقة أنه فى كل حالة يوجد ما يسمى بالحق المكتسب يوجد أيضاً حق فى طريق الاكتساب وهو هنا هل يحق لهذا الزوج المطلق أن يتزوج من جديد ؟

(٢) قارن مع ذلك Pillet-Niboyet . ٤٣٩ نبذة ٣٦٩ حيث يأخذ بالفكرة بصفة عامة ١١

(٣) راجع Arminjon . ١ . ٢٧٨ وبمحة المنشور فى مجموعة أكاديمية لاهى ١٩٣٣ . ٢ . ٥ — ١٠٥ ومؤلف Pouillet البلجيكي . ٢٨٣ — ٢٩٤ .

(٤) وقد رأينا أنها قاصرة حتى عن تأدية هذا الغرض . راجع قبله . ٤٢ ومن أم ناقدى فكرة الحقوق المكتسبة العلامة Bartin فى مؤلفه . ١ . ١٩٣ وما بعدها حيث يقرر أن مجال الأخذ بها إنما يكون بالنسبة لتنازع القوانين المتغير *Conflit mobile* .

(٥) بحث الأستاذ Arminjon السابق الإشارة اليه ١٠٤ .

المبحث الثانى

فى

نظرية الأستاذ Bartin

٣٤٤ — لم يفكر الأستاذ فى وضع نظرية ذات صبغة دولية كما فعل Pillet بل رأى أن حل مسائل تنازع القوانين لا يتم الا بتحليل النظم القانونية والوقوف على طبيعتها ثم تقسيمها بعد ذلك ، أى أن طريقته وطنية تحليلية . ولذا كان وجه الشبه كبيرا بينه وبين Savigny مع ذلك الفارق ، وهو أن الأخير قد اهتم بتحليل العلاقة القانونية ، أما الأول فيستلزم معرفة الطبيعة القانونية للنظام القانونى الذى تدخل فيه هذه العلاقة . فالمسألة كلها عند الأستاذ Bartin مسألة تكييف qualification لأنه يلزم أولا الوقوف على طبيعة النظم القانونية لمعرفة القانون الذى يحكمها ^(١) . وقد رأينا عند Savigny أن تحديد

(١) ويان ذلك أنه فى نظر الأستاذ توجد ثلاثة أقسام رئيسية للنظم القانونية . القسم الأول ، خاص بالنظم الموجودة بقصد حماية الأفراد شخصا بصفتهم تابعين لدولة معينة . والقسم الثانى ، خاص بالنظم التى يقصد بها حماية المصالح الاقتصادية والتجارية . والثالث خاص بالنظم التى يقصد بها حماية ملكية الأموال . فإذا كانت العلاقة محل تنازع القوانين داخلة فى القسم الأول خضعت لقانون الجنسية ، وإن كانت داخلة فى القسم الثانى خضعت للقانون المحلى ، وإن دخلت القسم الثالث خضعت للقانون الاقليمى وهو قانون موقع المال . كل هذا اذا كانت النصوص التشريعية آمرة ، فان كانت النصوص نخبرة بمعنى أنه يسوغ الاتفاق على الخضوع لحكم تشريع معين عمل بقانون ارادة المتعاقدين انظر مؤلفه ٢٠ . ٩ — ١٩ ويلاحظ الأستاذ Lévy-Ullmann أن هناك شباها كبيرا بين نظرية Bartin على هذا الوجه ونظرية Pillet لأن كلا منهما يجرى وراء تحليل أغراض القانون غير أن Pillet انتهى الى تقسيمين ، قوانين عامة ومستمرة بينما انتهى Bartin الى أربعة أقسام مشتركة فى الواقع مع نظرية الأحوال فى القسمين الرئيسيين قوانين شخصية وقوانين عينية (اقليمية) ، ولكن يضاف اليهما القانون المحلى وهو فى الغالب قانون شكل العقد وقانون ارادة المتعاقدين . ويقرر الأستاذ Lévy-Ullmann أن نظرية Bartin تعد من هذه الوجهة مزيجا مما قال به d'Argentré و Dumoulin من قبل . انظر دروسه ١٩٣٥ . ٢٢٣ — ٢٢٥ والدكتوراه ١٩٣٥ . ٢٩ .

القانون يتوقف على طبيعة العلاقة ، ولما كان التكييف عند Bartin يتم وفقا لقانون القاضى كما هو مقرر فى نظريته انتهى الى القول بأن قواعد الاسناد هى قواعد وطنية بحتة^(١) ومتعلقة بالسيادة ، وهنا يتفق مع Pillet فى هذه النقطة القانونية .
فالثابت فى نظرية Bartin^(٢) أن عماد تنازع القوانين هو التنازع بين سيادات الدول المختلفة من وجهة التشريع أو من جهة الاختصاص على حسب الأحوال .

ويذهب الأستاذ Bartin الى القول بأن روح النظم القانونية فى الدول المتمدينة واحدة ، وان اختلفت بعض القواعد القانونية الداخلة فى هذه النظم ، وعلى هذا اذا ثبت أن هناك تعارضا كبيرا بين النظم القانونية ، كان ذلك دليلا على اختلاف المدنية وضرورة استبعاد تطبيق القانون الأجنبى بناء على فكرة النظام العام . ولقد بينا ضعف هذا الرأى فيما مضى .

وعلى العموم فان نظرية الأستاذ Bartin تدع مجالا كبيرا لفكرة السيادة . وهذه الفكرة فى ذاتها صعبة التحديد ، لذلك كان لا مناص من الاعتماد على القاضى وعلى تقديره^(٣) ، وفى هذا ما يؤدى الى التحكم الذى حاول الكتاب تقييده بابتداع نظرياتهم المختلفة وقال الأستاذ Lévy-Ullmann اننا ننتهى فى القرن العشرين الى اعطاء القاضى سلطة فى مسائل تنازع القوانين ، ربما كانت أوسع من التى كانت مقررة له فى القرن الثالث عشر ، كما أننا نعمل على الابتعاد عن التوحيد القانونى الذى يسعى لتحقيقه علم القانون المقارن^(٤) .

(١) وعلى هذا لا يمكن تكملة النقص فيها بالرجوع الى أقوال الفقهاء الأجانب .

(٢) أنظر مؤلفه ١٠ . ١٤ ، ٢٤ .

(٣) ولا يبنى ذلك أن يقرر الأستاذ أن الدولة ملتزمة بتطبيق قواعد تنازع القوانين .

Bartin . ١١٠ . ١١٥ .

(٤) راجع دروس Lévy-Ullmann . الدكتوراه ١٩٣٥ . ٣٥ . هذا ونوجه النظر الى أن بعض الكتاب الحديثين وعلى الأخص الايطاليين لا يعترفون بوجود علم القانون المقارن بل فقط بوجود طريقة مقارنة .

المبحث الثالث

في

نظرية الأستاذ Frankenstein (١)

٣٤٥ — ولقد قال الأستاذ بنظريته في مؤلفه في القانون الدولي الخاص الذي صدر الجزء الأول منه في سنة ١٩٢٦ ، وعاد اليها من جديد في دروسه في أكاديمية لاهاي سنة ١٩٣١ . وهذه النظرية ذات صبغة عالمية لأن صاحبها قصد بها وضع نظام جديد يصلح لأن يطبق في كل أنحاء العالم المتمددين لا في ألمانيا وحدها . فالمبادئ التي قال بها موضوعه مقدما كي تطبق في مختلف الأحوال متى عرضت .

وتقوم هذه النظرية على مبدأين رئيسيين ، الأول أن الأفراد يخضعون لقانون جنسيتهم ، والثاني أن الأموال تخضع لقانون موقعها ، ويعتبر الاسناد في الحالتين طبيعيا . فاذا كان حكم التشريع الوطني في أية دولة يقرر خلاف ذلك ، بأن يخضع الأشخاص مثلا لقانون موطنهم ، أو الأموال لقانون مالكيها فان الاسناد يكون حكما pseudo أى اسناد غير متفق مع طبيعة الأمور ولا مقتضياتها . ومثل هذا الاسناد الحكي لا يتعدى حدود الدولة بخلاف الاسناد الطبيعي .

على أن الأستاذ Frankenstein يبيح اتباع قانون آخر خلاف قانون الجنسية فيما يتعلق بالأشخاص ، أو قانون محل العقد خلاف قانون موقع المال فيما يتعلق بالأشياء اذا كان القانون المختص بحسب الأصل قد أجاز ذلك . أى

(١) انظر دروس الأستاذ في أكاديمية لاهاي . ١٩٣١ وكذلك Makarov . ٨٦ .
والجدة ١٩٣٢ . ٤٧ — ٧٣ .

أن الأستاذ يقرر الاحالة في النطاق السالف^(١) .

ويتبين لنا من مراجعة النظريات الحديثة أنها في أغلبها تميل نحو تعميم نظم تنازع القوانين وتوحيدها تحقيقا للعدالة واحتراما للحقوق المكتسبة ، وحتى نظرية Bartin فإن طريقته دولية على الرغم من أن ظاهرها وطني ، اذ انتهى الأستاذ الى وضع تقسيم للنظم القانونية ارتآه صالحا لكل الدول المتشابهة في المدنية^(٢) .

(١) انظر قبله ٢١٧ .

(٢) قارن دروس Lévy-Ullmann . الدكتوراه . ١٩٣٥ . ٣٠ — ٣٥ وفيها يقول الأستاذ بضرورة توحيد النظم التشريعية مقررًا أن العالم يسير في هذا الطريق بخطوات بطيئة فلا معنى مطلقا لوضع العقبات في سبيل سيره .

الكتاب الثاني

في

تنازع الاختصاص

تمهيد

٣٤٦ — تبين قواعد تنازع القوانين مدى سلطان القانون الوطنى وأحوال تطبيق القانون الأجنبى . ولكن قواعد تنازع الاختصاص تكتفى ببيان مدى سلطان المحاكم الوطنية بالنسبة للعلاق القانونى ذات العنصر الأجنبى دون التعرض لاختصاص المحاكم الأجنبية ، وإزاء ما تقدم يمكن القول بأن قواعد تنازع الاختصاص بدورها وطنية بحتة ، بل أكثر وطنية من قواعد تنازع القوانين ، إذ تعترف الأخيرة بالاختصاص التشريعى فى بعض الأحيان للقوانين الأجنبية ، أما الأولى فتقتصر على تحديد اختصاص المحاكم الوطنية فى العلاقات القانونية الأجنبية^(١) .

ويطلق على هذا النوع من الاختصاص المقرر للمحاكم الوطنية «الاختصاص العام» . ويسميه المرحوم أبو هيف بك «الاختصاص الدولى» وهذه هى التسمية التقليدية . ويقابل الاختصاص العام *la compétence générale* الاختصاص الخاص *la compétence spéciale* ، ويسميه المرحوم أبو هيف بك «الاختصاص الداخلى» ، والمراد به القواعد التى تحدد اختصاص المحاكم الوطنية بعضها بالنسبة لبعض ، لا بالنسبة لمحاكم الدول الأخرى .

ولا يهمنى هنا سوى الاختصاص العام للمحاكم المصرية ، ويتحدد بالقوانين المصرية ، ولا مناص من اتباع حكمها دون الرجوع الى ما يمكن أن تقول به التشريعات الأجنبية مخالفا لها ، إذ من المعلوم أن قواعد تنازع الاختصاص ، على

(١) وهذا الوضع مخالف لما هو متبع فى إنجلترا ، إذ تجرى كتب الفقه هناك ، متبعة فى ذلك قضاء المحاكم ، على بيان الأحوال التى تختص فيها المحاكم الانجليزية بنظر القضايا ذات العنصر الأجنبى ، ومن الجهة الأخرى الأحوال التى يعترف فيها باختصاص المحاكم الأجنبية . أى أن القانون الانجليزى يحدد الاختصاص من وجهتيه الإيجابية والسلبية بخلاف الحال فى البلاد اللاتينية وكذلك فى مصر فإن المشرع يعنى فقط ببيان الأحوال التى تختص فيها محاكمه تاركا الأحوال الأخرى للقضاء يفصل فيها اذا ما دعى للاعتراف بقيمة الحكم الأجنبى عند ما يراد الاحتجاج به أو تنفيذه . انظر Dicey . ٢١٢ وما بعدها .

نمط قواعد تنازع القوانين ، قواعد وطنية بمحتة ^(١) . على انه لا مانع من التغيير في هذه القواعد بموجب الاتفاقات الدولية . فالأصل هو وجوب اتباع الأحكام التشريعية الوطنية بشأن الاختصاص العام الا اذا وجدت معاهدة معدلة لها ومقررة وجوب اتباع أحكام أخرى .

٣٤٧ — فاذا طبقنا ^(٢) قواعد تنازع الاختصاص المصرية ، وقضت باختصاص المحاكم المصرية من الوجهة العامة ، فاننا ننقل بعد ذلك الى قواعد الاختصاص الخاص لكي نعرف أمام أية محكمة ، مدنية كانت أو تجارية ، جزئية كانت أو كلية يجب أن يعرض النزاع .

وعلى ذلك اذا ثبت أن الاختصاص لمحكمة مصرية معينة وجب علينا أن نتساءل عن الاجراءات ، أى قواعد المرافعات التي يلزمنا اتباعها ، وهل هي نفس القواعد المتبعة في المنازعات الوطنية الخالية عن العنصر الأجنبي ، أو يدخل عليها بعض التحوير والتعديل ؟ فلو كانت الاجراءات المتبعة صحيحة كان على المحكمة أن تصدر حكماً في هذا النزاع ، وهذا الحكم ينفذ على الأقل داخل الحدود

(١) والأصل في تنظيم اختصاص المحاكم أن يتم على الوجه الآتي : أولاً . بيان الاختصاص النوعي *la compétence ratione materie* أى بيان المواد التي تتدخل في اختصاص محكمة معينة . ثانياً . بيان الاختصاص المحلي *ratione loci* ، أى تحديد المكان الذي تختص في نطاقه المحاكم . ثالثاً . بيان الاختصاص الشخصي *ratione personae* أى بيان الأشخاص الذين تختص المحاكم بشأنهم . وهذا النوع الأخير هو الهام بالنسبة للاختصاص العام . قارن Valéry . ٦٧٠ — ٦٧١ .

(٢) ونوجه الأنظار الى الأهمية العملية لقواعد تنازع الاختصاص اذ تسبق قواعد تنازع القوانين في التطبيق . وثبوت الاختصاص لمحاكم دولة معينة يجعل الحكم لقواعد الاسناد الخاصة بها ، كما يجعل تكيف العلاقة المتنازع فيها من اختصاص تشريعها ، كما يحتم مراعاة أحكام النظام العام فيها . وظاهر أهمية ذلك من حيث الفصل موضوعياً في النزاع . فمسألة تنازع الاختصاص من الأهمية بمكان . وقد كان من المتبع في قديم الزمان (عند اليونان والرومان) تحرير محاكم خاصة للفصل في القضايا ذات العنصر الأجنبي ، ولكن زال هذا الوضع الآن في الدول المتمدنية ، ولم يبق من آثاره التي عفت سوى نظام الامتيازات في مصر حيث توجد المحاكم المختلطة للفصل في هذا النوع من العلائق بالقيود المعروفة . قارن Weiss ، ٥ . ٣ وما بعدها .

المصرية . وليس من شأن التشريع المصري أن يضمن له التنفيذ في الخارج ^(١) .
ولكن يحصل أحيانا أن يرفع النزاع ذو العنصر الأجنبي أمام محكمة أجنبية مختصة وفقا لقانونها وينتهى بأن تصدر فيه حكما ، فان هذا الحكم يمكن تنفيذه عادة في مصر عن طريق أخذ الأمر بالتنفيذ *exequatur* اذا استوفيت الشروط التي يستلزمها المشرع المصري ، ويتحقق القضاء من وجودها قبل اعطاء هذا الأمر .

فاذا رفع النزاع من أول الأمر الى محكمة مصرية وكانت مختصة فان الاختصاص هنا عام ومباشر *directe* . أما في حالة سبق رفعها أمام محكمة أجنبية وطلب التنفيذ في مصر فان اختصاص المحاكم عام ولكنه غير مباشر *indirecte* .

ويرجع الفضل في ابتكار التسميات السابقة — الاختصاص العام ، والاختصاص الخاص ، الاختصاص المباشر ، وغير المباشر — الى الأستاذ *Bartin* وقد نقلها عنه أغلب الكتاب ^(٢) .

٣٤٨ — وظاهر من البيانات السابقة أن دراسة تنازع الاختصاص تشمل دراسة الاختصاص العام وقواعد المرافعات ثم تنفيذ الأحكام والسندات الأجنبية وسنفردها لكل منها فصلا على حدة .

(١) *Bartin* ١ . ٣٠٦ — ٣٠٧ . هذا ويلاحظ أن ثبوت الاختصاص العام للمحاكم المصرية ليس معناه وجوب تطبيق القانون المصري ، والعكس صحيح . *قارن* *Pillet-Niboyet* . ٨٦٥ .

(٢) *الظر* *Pillet-Niboyet* . ٦٨٤ وكذلك ٨٧٢ حيث يقرر عدم وجود نظرية عامة في تنازع الاختصاص كما هي الحال في تنازع القوانين . ويدل على ذلك قلة الاهتمام بدراسة هذا النوع من التنازع رغم أهميته العملية . *والظر* أيضا *دروس Gutteridge* في مجلة أكاديمية لاهاي ١٩٣٣ . ١٢١ . حيث أخذ بالتسميات السابقة مع مراعاة التفرقة بين اصطلاحى *Jurisdiction* بالفرنسية و *Jurisdiction* بالانجليزية نفس المرجع . ١٢٣ .

الفصل الأول

في

الاختصاص العام^(١)

٣٤٩ — تحدد النصوص الآتية^(٢) الاختصاص العام المباشر للمحاكم المصرية :

أولا : المادة ١٣ م.م . وتنص على أنه تجوز إقامة الدعوى على من كان من رعايا الحكومة المحلية أمام محاكم البلد ، ولو كان ذلك بسبب التزامات عقدها في الخارج^(٣) .

ثانيا : المادة ١٤ م.م . وتنص على أن المحاكم المذكورة تكون مختصة أيضا بالنظر والحكم في القضايا القائمة على الأجانب الموجودين في مصر^(٤) . أما الأجانب الذين خرجوا منها فلا تقام الدعاوى عليهم أمام المحاكم الجديدة إلا في الأحوال الآتية (١) إذا كان موضوع النزاع التزامات متعلقة بأموال منقولة أو عقارية موجودة في مصر (٢) إذا كانت المنازعات متعلقة بالتزامات ناشئة عن عقود حاصلة بالأقطار المذكورة أو واجبة التنفيذ فيها أو عن أعمال وقعت في تلك الأقطار . وكل ذلك بغير مساس باختصاص المحاكم التجارية في الأحوال المبينة في القانون و بعض النظر عن إقامة المدعى عليه .

ويراد بهذه الفقرة الأخيرة الإشارة الى نص المادة ٣٥ مرافعات مختلط في

(١) ورغم عدم وجود نظرية عامة في تنازع الاختصاص على العموم فإنه توجد بعض مبادئ مشتركة بالنسبة للاختصاص العام . راجع بحث Gutteridge السابق الإشارة اليه ١٥٨ وما بعدها .

(٢) ويلاحظ أن هذه المواد قد ورد أغلبها في المجموعة المدنية وهذا الوضع غريب إذ الأصل أن توضع مواد الاختصاص في مجموعة المرافعات كما فعل ذلك المشرع الألماني .

(٣) وفي النص الفرنسي *à raison des obligations par lui contractées même à l'étranger*

(٤) وفي النص الفرنسي *qui se trouvent en Egypte* .

فقرتها السابعة والتاسعة حيث تنص الفقرة السابعة على أنه في المواد التجارية يكلف المدعى عليه بالحضور أمام المحكمة التابع لدائرتها موطنه (محله) أو المحكمة التابعة لها المحل الذي حصل الاتفاق وتسليم البضاعة فيه أو المحكمة التي بدائرتها المحل المتقضى دفع القيمة فيه .

أما الفقرة التاسعة فتنص على ما يأتي « اذا كان محل المدعى عليه بالبلاد الأجنبية ولم يوجد من الأوجه المبينة في الأحوال السابق ذكرها ^(١) ما يستدعى اختصاص إحدى المحاكم المصرية بنظر الدعوى يكلف المدعى عليه المذكور بالحضور أمام المحكمة التابع لها محل إقامة المدعى والا أمام محكمة الاسكندرية واذا أقيمت الدعوى في هذه الحالة أمام المحكمة التابع لدائرتها محل إقامة المدعى جاز لرئيسها أن يأذن بناء على طلب المدعى المذكور بتكليف المدعى عليه بالحضور في المواعيد المقررة في المواد ٣٧ ، ٣٨ ، ٣٩ بدون مراعاة لمواعيد المسافات » .

ثالثا : وتنص المادة التاسعة من لأئحة ترتيب المحاكم المختلطة على أنه « تختص هذه المحاكم بنظر المنازعات في المسائل المدنية والتجارية بين الوطنيين والأجانب وبين الأجانب ذوى الجنسيات المختلفة فيما عدا الأحوال الشخصية ، وتختص بنظر دعاوى العينية العقارية بين الوطنيين والأجانب أو بين الأجانب الذين من جنسية واحدة أو من جنسيات مختلفة » .

ولا تعتبر بلدية الاسكندرية في علاقاتها مع الوطنيين خاضعة لاختصاص المحاكم المختلطة . وهذه المادة متفقة في أحكامها مع المادة ٥ م . م .

٣٥٠ — والنصوص السابقة ^(٢) هي التي اعتاد الشراح المصريون ايرادها

(١) أى في المادة ٣٥ مرافعات .

(٢) والواقع أننا اذا وازنا بين أحكام التفسيرات المختلفة فيما يتعلق بالاختصاص العام أمكننا ردها الى المبادئ الآتية : المبدأ الأول . أن يتبع المدعى المدعى عليه وهذه هي القاعدة الشهيرة في الاختصاص الخاص فتطبق أيضا من حيث الاختصاص العام . ومع ذلك فالخلاف قائم حول تحديد محكمة المدعى عليه ، هل هي محكمة جنسيته أو محكمة موطنه أو محل إقامته وأغلب =

بشأن الاختصاص العام للمحاكم المختلطة ولكن هناك نص آخر لا يخلو من الأهمية في هذا الصدد ، وهو نص المادة ٨ م . م . ويقرر أن دعاوى الاستحقاق المرفوعة من أجنبي بشأن أموال الوقف الثابتة تخرج عن اختصاص المحاكم المختلطة التي تختص فقط بدعوى اليد . وظاهر أن جهة الاختصاص هي المحاكم الشرعية .

والمادتان ١٣ ، ١٤ هما أهم المواد السابقة ، وقد أخذتا عن المادتين ١٤ و ١٥^(١) فرنساوى مع بعض تحوير أدخل على المادة ١٤ م . م . إذ استفاد المشرع المصرى من الانتقادات التي وجهت الى المشرع الفرنسى ، كما أنه راعى حالة مصر الخاصة ، إذ مجموعته مختلطة وليست مجموعة مصرية بالمعنى الدقيق . على أن المشرع المصرى من جهة أخرى قد أساء التعبير في بعض الأحيان ، وقد دعا ذلك الى وقوع خلافات طويلة .

= التشريعات يعتبر محكمة الجنسية . المبدأ الثانى . ان محاكم الدولة تختص في حالة الخضوع ، أى أنه في الأحوال التي تكون فيها محاكم الدولة غير مختصة بالنسبة للأشخاص فانهم اذا خضعوا أو قبلوا اختصاصها صراحة أو ضمنا ثبت لها الاختصاص . المبدأ الثالث . أن محكمة العقار تختص في كل المنازعات العينية المتعلقة بهذا العقار ، لأن العقار كما هو معلوم جزء من أراضي الدولة فمن الاخلال بالسيادة أن يخضع للمحاكم الأجنبية . المبدأ الرابع . ان محكمة الالتزام تختص بنظره وهذه المحكمة اما أن تكون محكمة الجهة التي تم فيها العقد *locus contractus* أو الفعل الضار *loci actus* أو التي سيحصل فيها التنفيذ *loci solutionis* .

هذه هي المبادئ الأساسية ، ولكن توجد بجانبها بعض مبادئ أخرى قانونية منها ضرورة الفصل في القضايا الخاصة بالأجانب دون غيرهم وعدم التخلي عنهم ، وكذلك ضرورة تطبيق مبدأ الاحالة لسبق رفع النزاع أمام محكمة أخرى *la litispendance* .

ومعظم المبادئ السابقة مقرر بمقتضى المعاهدات الثنائية . قارن *Pillet-Niboyet* . وما بعدها وكذلك بحث *Gutteridge* السابق الاشارة اليه ١٧٩ وما بعدها .

(١) وبجانب هاتين المادتين توجد المادة ١٦ م . ف . التي تستلزم من الأجنبي رافع الدعوى ايداع كفالة *Cautio iudicatum Solvi* كافية لايفاء المصاريف والتعويضات اذا أخفق في دعواه . على أن المادة تنفي من الكفالة الأجنبي الذي يملك في فرنسا عقارا كافيا من حيث القيمة .

وتنص المادة ١٥ فرنسي على أنه تصح إقامة الدعوى على الفرنسي أمام المحاكم الفرنسية بسبب الالتزامات التي عقدها^(١) في الخارج ولو مع أجنبي وهذه المادة كما هو ظاهر مقابلة للمادة ١٣ م . م .

وتنص المادة ١٤ فرنسي على أن للفرنسي الحق في مقاضاة الأجنبي ولو كان غير مقيم في فرنسا أمام المحاكم الفرنسية لتنفيذ الالتزامات التي عقدها في فرنسا أو في الخارج مع فرنسيين . وهذه المادة تقابل المادة ١٤ م . م مع ملاحظة أنها أوسع منها نطاقا بكثير إذ أتت خالية من القيود التي وردت في المادة ١٤ م . م .

ويهمنا لفهم النصوص المصرية أن نعرف المبادئ العامة التي اهتدى بها المشرع الفرنسي عند وضعه للنصوص السابقة ، وهاك بيانها^(٢) : عند ما يضع المشرع قواعد الاختصاص الداخلية يتأثر بأمرين : الأول — طبيعة المواد *ratione materiae* فيجعل أحيانا المواد المدنية من اختصاص محكمة ، والمواد التجارية من اختصاص أخرى ، وكذلك قد يفرق بين المواد المنقولة والعقارية . ومن المعلوم أن القواعد الخاصة بطبيعة المواد قواعد مطلقة بمعنى أنه لا يباح للأشخاص الاتفاق على عكسها . الثاني — محل الأشخاص ، فيجعل الاختصاص متغيرا باختلاف محل أعمالهم أو سكنهم أو محل التنفيذ . . الخ والقواعد الخاصة بهذا النوع من الاختصاص قواعد شخصية *ratione personae* ولذلك فهي نسبية بمعنى أنه يمكن للأفراد التنازل عنها صراحة أو ضمنا .

فهل راعى المشرع الفرنسي هذين الأمرين عند وضعه للمادتين السالفتين ؟

(١) قارن Valéry . ٦٧٥ حيث يقرر أن ظاهر المادة يفيد أنها قاصرة على الالتزامات العقارية والحاصل أن نطاقها شامل لكل الدعاوى الشخصية . أما الدعاوى العقارية فإنها ترفع دائما أمام محكمة موقع العقار بغض النظر عن جنسية طرفيها وهذا الحكم مفهوم ضمنا من المادة ٢/٣ م . ف . وهو شامل للحقوق الشخصية العقارية كحق الإيجار مثلا فإن حكم المحكمة الفرنسية الصادر بهذا المعنى وكان متعلقا بعقار أجنبي فإنه لا يمكن أن يرى التنفيذ في الخارج . وقارن أيضا Bartin . ١ . ٣٢٢ وما بعدها .

(٢) قارن Bartin . ١ . ٣٠٨ — ٣٠٩ .

الظاهر من أحكامهما أنهما تقرران قواعد شخصية ، لأن الكلام هنا يدور على الأشخاص دون المواد ، فهذه القواعد اذن نسبية بعيدة عن الاطلاق ، ولذلك كان من الممكن الاتفاق على عكسها ^(١) .

والقاعدة الواردة في المادة ١٥ م . ف . تتفق مع المبدأ المعروف بأن المدعى يسعى وراء المدعى عليه ، ولا شك في أن المحاكم الفرنسية أولى من غيرها بنظر الدعاوى التي ترفع على الفرنسيين ، ويقول بعض الشراح ان وضع المادة على هذا الشكل فيه اضرار بمصالح الفرنسيين المتوطنين في الخارج اذ يجب عليهم أن يعودوا الى فرنسا أو على الأقل أن يوكلوا فيها من ينوب عنهم في القضايا المرفوعة عليهم أمام محكمة فرنسية ، ومع ذلك يظهر أن النص قد جاء على هذا الشكل اتباعا لما كان سائدا من اساءة الظن بالمحاكم والقوانين الأجنبية ، فكما أنه بالنسبة لتنازع القوانين ، كان من المفضل تطبيق القانون الاقليمي ، فكذلك بالنسبة لتنازع الاختصاص فانه من المفضل أن تختص المحاكم الوطنية دون غيرها ^(٢) .

والمادة ١٤ فرنسي تتفق أيضا مع قاعدة أن المدعى يسعى وراء المدعى عليه ، اذا كان الأجنبي مقما في فرنسا . أما في الأحوال التي يكون فيها الأجنبي مقما في الخارج فهي بلا شك مخالفة لها ، وقد أدى ذلك الى انتقادها من جانب الشراح فاتهموا المشرع الفرنسي بالاسراف في حماية الفرنسيين والتعنت مع

(١) قارن Bartin . ١ . ٣١٠ وعلى الأخص ٣١٢ حيث عرض لحالة المحاكم المختلطة التي أنشئت بمقتضى صلح فرساي ١٩١٩ .

(٢) قارن Valéry . ٦٧٢ حيث يشير الى أن وضع المادة ١٥ على هذا الشكل يبيح لكل فرنسي الاحتجاج ضد الأحكام التي تصدر من محكمة أجنبية ولو كانت محكمة موطنه ، اذ يفهم من المادة السالفة أن كل المحاكم الأجنبية غير مختصة بالحكم على الفرنسيين ، على أنه مما لا جدال فيه أن المحاكم الأجنبية تكون مختصة بالحكم على الفرنسيين اذا ما قبل هؤلاء اختصاصها صراحة أو ضمنا . نفس المرجع ٦٧٦ .

الأجانب وقضائهم^(١) . وقد استفاد المشرع المصري من هذه الانتقادات فقيّد الاختصاص هنا بأحوال معينة . على أن بعض الشراح الفرنسيين رأى أن يبرر مسلك المشرع الفرنسي عن طريق القول بأن المادة ١٤ قررت حكما تبادليا مع حكم المادة ١٥ م . ف ، أى كما أن المادة ١٥ تبيح للأجانب رفع الدعاوى على الفرنسيين أمام المحاكم الفرنسية ولو كان هؤلاء الفرنسيون متوطنين في الخارج فاتباعا لحكم التبادل تبيح المادة ١٤ م . ف . رفع الدعوى على الأجانب حتى لو لم يكونوا متوطنين في فرنسا . وواضح أن العمل ظاهر في هذا التعليل^(٢) . وعلى أية حال فمن المقرر أن المشرع الفرنسي عند وضعه للنصين السالفين لم ينظر الى طبيعة المنازعات وإنما نظر فقط الى الأشخاص ذاتين كانوا أو معنويين^(٣) فقرر ميزات وحقوق لمصلحة رعاياه بغض النظر عما تقضى به التشريعات الأخرى . فاذا كان الفرنسي مدعيا عليه فإن المحاكم الفرنسية أولى من غيرها بالحكم في الدعوى المرفوعة عليه ضمانا لمصلحته ، أما اذا كان الفرنسي مدعيا فإن المشرع قد سهل عليه الأمر وأجاز له عدم تتبع المدعى عليه في بلده أو في موطنه بل أباح له رفع الدعوى مباشرة أمام المحاكم الفرنسية . والحكم الذى يصدر في هذه الحالة الأخيرة سينفذ في فرنسا ، ولكن ينذر أن يرى التنفيذ في الخارج ، لأن تشريعات الدول الأخرى لا تقر عادة القاعدة المذكورة في المادة ١٤ م . ف .

هذه هى النصوص والاعتبارات التى كانت موجودة أمام المشرع المصرى عند ما وضع نصوص المادتين ١٣ و ١٤ م . م . فقرر فى المادة ١٣ أن محاكم

(١) والواقع أن النص الفرلى نادر التطبيق فى العمل وأدى الى أن بعض المشرعين عمد الى معاملة الفرنسيين بالمثل بالنسبة لرعاياه . ومما لا شك فيه أن هذا النص لا علاقة له بالنظام العام ومن ثم يصح للفرلى أن يتنازل عن الحق المقرر له ويقاضى الأجنبي أمام محكمته الأصلية . وعلى أية حال فإن نطاق المادة ١٤ غير مقيد فيشمل كل الدعاوى بغض النظر عن سببها ما عدا الدعاوى العقارية اذا كان العقار موجودا فى الخارج .

(٢) وقد قال به Bartin فى مؤلفه . ١ . ٣٢٦ .

(٣) راجع ما سذكروه بعد بشأن الدول الأجنبية ومقدار خضوعها للمحاكم الوطنية .

البلاد مختصة بنظر الدعاوى التي ترفع على المصرى^(١) . ومبنى الاختصاص هنا الجنسية المصرية بغض النظر عن جنسية رافع الدعوى . ومن الطبيعى أن يقصد بنص المادة ١٣ م . م حماية مصالح المصرى بنظر دعواه أمام محاكم بلاده ، وان كانت الأغلبية فى المحاكم المختلطة المختصة للأجانب . ومما هو جدير بالملاحظة أن لفظ الالتزامات التعاقدية الوارد فى النص إنما يقصد به المعنى الواسع أى الالتزام سواء كان مصدره العقد أو شبه العقد أو الفعل الضار أو القانون^(٢) . ولا يشترط لتطبيق هذه المادة أن يكون المصرى مقيما فى مصر وقت رفع الدعوى بل يصح أن يكون قد غادرها وتوطن فى الخارج لأن النص اكتفى فقط بالجنسية المصرية بغض النظر عن التوطن وبغير مراعاة لأى شرط آخر .

وتقرر المادة ١٤ م . م فى فقرتها الأولى اختصاص المحاكم المختلطة بنظر الدعاوى المرفوعة على الأجانب الذين يوجدون فى البلاد . وظاهر من النص أن هذه المحاكم تكون مختصة فى هذه الحالة بغض النظر عن جنسية رافع الدعوى أى سواء كان رافعا مصريا أو أجنبيا .

والنص السابق ليس له مقابل فى التشريع الفرنسى ولكن مع ذلك مفهوم من المادة ١٤ م . ف . أنه يصح للفرنسى من باب أولى *a priori* أن يرفع دعواه على الأجنبى الموجود فى فرنسا ، اذ له أن يرفعها عليه ولو لم يكن موجودا أصلا فى فرنسا .

على أن النص الفرنسى قد سكنت عن حالة ما اذا كان المدعى أجنبيا وكذلك المدعى عليه . وإزاء هذا السكوت رأى البعض^(٣) أن المحاكم الفرنسية غير مختصة بنظر هذه الدعاوى ، ولكن محكمة النقض الفرنسية قررت اختصاص

(١) ونلفت الأنظار الى أن المشرع قد استعمل عبارة « رعايا الحكومة المحلية » اذ لم تكن الجنسية المصرية معروفة فى ذلك الوقت .

(٢) وظاهر هنا مقدار تأثير المشرع المصرى بالنص الفرنسى للمادة ١٥ م . ف .

(٣) كما رأى البعض الآخر اختصاص المحاكم الفرنسية بنظر هذه الدعاوى باعتبار أن التقاضى حق طبيعى لكل انسان سواء كان مواطنا أو لا . راجع Weiss . ٦٤١ — ٦٤٤ .

المحاكم الفرنسية بنظر هذه الدعاوى اذا كان المدعى عليه الأجنبي متوطنا فعلا فى فرنسا ، ومن باب أولى اذا كان له موطن قانونى فيها ، فأجازت له رفع الدعاوى وتحملها . ولكن مع ذلك استثنت فى بعض الأحوال الدعاوى المتعلقة بالحالة فلا تختص المحاكم الفرنسية بنظرها بصفة أصلية ، وإنما يحق لها أن تفصل فيها بصفة تبعية ، واعتبرت أن عدم اختصاصها بنظر دعاوى الحالة عدم اختصاص موضوعى ، أى لها أن تقضى بعدم اختصاصها من تلقاء نفسها ، بخلاف أحوال عدم الاختصاص العام ^(١) ، اذ من المعلوم أن عدم الاختصاص هنا شخصى بمعنى أنه اذا سكت المدعى عليه ولم يدفع به فى أول الدعوى فان المحكمة تعتبر مختصة وتكون ملزمة باصدار حكم فى الموضوع . وعلى العموم ، فمن المشاهد فى الأحكام الحديثة أنها تتلمس الأسباب ^(٢) لكى تفصل حتى فى دعاوى الحالة بين الأجانب رغبة فى التيسير عليهم ^(٣) .

والواقع أن المادة ١٤ م . م . أغنتنا عن كل هذه الخلافات والتفصيلات ، ولا غرابة فى ذلك لأن المحكمة التى تنظر الدعوى المرفوعة على الأجنبي من الشخص الآخر الذى يخالفه فى الجنسية محكمة مختلطة أقرب الى أن تكون أجنبية ، كما أنها أنشئت خصيصا لنظر هذه المنازعات متى كان الأجنبي متوطنا فى مصر أو على

(١) راجع *Pillet-Niboyet* . ٨٩٧ . نبذة ٧٨٧ حيث أشار الى أحكام القضاء الفرنسى فى هذا المعنى .

(٢) ورجعت المحاكم الفرنسية الى فكرة النظام العام لكى تعطى نفسها الاختصاص القضائى بجانب الاختصاص التشريعى اذ لا توجد محكمة أخرى تأخذ بالنظام العام الفرنسى سوى المحاكم الفرنسية *Pillet-Niboyet* انظر ٨٩٧ .

(٣) والواقع أن المحاكم الفرنسية تبدأ بالقول بعدم اختصاصها بنظر دعاوى الأجانب لاعتبارات كثيرة أهمها أن المحاكم الوطنية وجدت حماية لمصالح الوطنيين قبل كل شىء لا حماية لمصالح الأجانب فى منازعاتهم بعضهم مع بعض ، وعلاوة على ذلك فان هذا النوع من المنازعات يترتب عليه فى الكثير من الأحيان تطبيق التشريعات الأجنبية ، وهذه العملية شاقة كما هو معلوم . على أن مبدأ عدم الاختصاص هذا مقرر من الوجهة النظرية دون العملية . قارن مختصر دالوز . ٣١٧ وكذلك *Pillet-Niboyet* ٨٩٥ و *Valéry* . ٦٩٨ وما بعدها .

الأقل موجودا فيها . وبناء على ما تقدم أجازت المحاكم المختلطة رفع الدعوى على الأجنبي الذى يمر بالبلاد لأن العبرة بالوجود المادى فيها . ولم تستلزم المادة ١٤ م.م توافر شرط الإقامة فيكفى تسليم اعلان الدعوى للأجنبي وهو فيها ، اذ بهذا الاعلان تبدأ الاجراءات القضائية ^(١) .

٣٥١ — وقد أثار نص المادة ١٤ فى فقرته الأولى ، الخلافات عند تطبيقه فى العمل بالنسبة للأشخاص المعنوية وعلى الأخص الشركات . وبيان ذلك أن بعض الشركات الأجنبية قد يكون لها فرع فى مصر ، فلا تسوغ مقاضاة هذه الشركة أمام المحاكم المختلطة الا فيما يتعلق بأعمال هذا الفرع ^(٢) ، دون أعمال الفروع الأخرى ، كما أن دعوى الشركة Actio pro socio ترفع أمام محكمة مركز الشركة الرئيسى siège social ^(٣) ، وهذا ما قضت به محكمة الاستئناف المختلطة فى حكم شهير صادر فى سنة ١٩٢٨ فى قضية رفعها أحد حملة السندات التى أصدرتها الشركة فى باريس . فقضت المحكمة بعدم اختصاصها لأن اصدار السندات ليس داخلا ضمن أعمال فرعها فى مصر ولا علاقة له بمركزها الادارى الموجود فيها .

هذا وتجب التفرقة بين الفرع succursale والتوكيل agence لأن

(١) انظر ٢ مارس ١٨٩٩ م.م. ت.م. ١١ . ١٢٨ وكانت القضية بمناسبة فعل وقع من الأجنبي فى مصر .

(٢) ١٨ ديسمبر ١٩٢٤ م.م. ت.م. ٣٧ . ٨٥ وكذلك ١٦ ديسمبر ١٩٢٥ جازيت . ٤٠١٨ وفى قضية شركة الكهرباء «Lebon» قضت المحكمة المختلطة بأن الدعاوى المتعلقة بسندات من اختصاص المحاكم الفرنسية التى توجد بدائرتها مركزها الرئيسى ، أما المحاكم المختلطة فتختص فقط بمعاملات وعلائق الشركة التى فى مصر ١٦ فبراير ١٩٢٨ م.م. ت.م. ٤٠ . ١٩٨ .

(٣) راجع ١٠ فبراير ١٩١٦ م.م. ت.م. ٢٨ . ١٤٣ وكانت الدعوى مرفوعة من عضو مجلس الادارة المتدب بمناسبة فصله من الشركة الانجليزية التى لها فرعا فى مصر . فقضت المحكمة أن هذه الدعاوى من اختصاص المحاكم الانجليزية التى توجد بدائرتها المركز الرئيسى للشركة .

الفرع يقوم مقام الشركة ، ولذا يفترض وجودها في مصر بالنسبة لما يقوم به من أعمال ، أما التوكيل ، فإن الوكيل agent لا يقوم مقام الشركة الا في الأحوال التي يكلف فيها بذلك ^(١) ، والعبرة دائما بالواقع لا بالتسمية ، فاذا سمت الشركة فرعها بأنه توكيل فلا يؤخذ بهذه التسمية .

٣٥٢ - ولكن يحصل أحيانا أن يكون مركز الشركة الرئيسي في الخارج ومع ذلك فإنها تزاوّل كل أعمالها في مصر فهل يمكن رفع جميع الدعاوى ^(٢) المتعلقة بهذه الشركات أمام المحاكم المختلطة ؟ اختلفت في ذلك الآراء . فقضى بعض ^(٣) الأحكام المختلطة بالاختصاص في نظر هذه الدعاوى تطبيقا للمادة ١٤ ققرة أولى باعتبار أن الشركة موجودة فعلا في مصر ، ولو أن مركزها الرئيسي في الخارج ، ما دامت مظاهر نشاطها حاصلة في البلاد . وقد أيدت محكمة الاستئناف المختلطة هذا الرأي في حكم صادر في ٢٠ فبراير سنة ١٩٢٨ ^(٤) في قضية رفعها أحد حملة السندات على شركة ترام القاهرة كي تدفع له قيمة السندات والأرباح بسعر الفرنك الذهب .

وقضى بعض ^(٥) الأحكام الأخرى على عكس الرأي السالف ، أى أن الدعاوى المتعلقة بالشركة يجب أن ترفع حتى في هذه الأحوال أمام محكمة مركز

(١) قارن ١٨ ديسمبر ١٩٢٤ السابق الإشارة إليه .

(٢) أى بما فيها دعوى الشركة نفسها علاوة على الدعاوى المتعلقة بأعمالها التي تحصل في مصر وذلك بسبب وجود مركز استغلالها الرئيسي فيها principal siège d'exploitation .

(٣) ٦ يناير ١٩١٩ م . ت . م . ٣١ . ١٠٤ . وقارن مع ذلك ٧ فبراير ١٩١٢ . جازيت ٣ . ٨٨ الذى قضى بالاختصاص لمحكمة المركز الرئيسي ومحكمة مركز الاستغلال وأيضا ١٩ أبريل ١٩١٦ . جازيت ١٩٠ . ٢٦٦ .

(٤) والحكم منشور في م . ت . م . ٤٠ . ٢٠٢ .

(٥) ١٧ مايو ١٩٢٧ م . ت . م . ٣٩ . ٤٨١ وحكم المحكمة التجارية ٢٣ فبراير ١٩٢٧ . جازيت ١٧ . ٤١٨ ومحكمة مصر المدنية ٣٠ مايو ١٩٢٧ . جازيت ١٧٠ . ٤٢١ و ١٩ فبراير ١٩٢٧ م . ت . م . ٣٩ . ٢٥٣ .

الشركة الرئيسى . ازاء هذه الخلافات ، عرض الأمر على محكمة الاستئناف المختلطة بدوائرها المجتمعة ، ففصلت فيه بحكم صادر فى ٣ مارس سنة ١٩٢٨^(١) مؤيدا للرأى الأول ، واعتبرت أن الشركة فى هذه الأحوال موجودة فعلا *trouve en fait* فى مصر ، وإن كان مركزها الرئيسى يفيد وجودها القانونى فى الخارج ، وذلك قياسا على الأشخاص الذاتيين ، فتصبح المحاكم المختلطة مختصة وفقا للمادة ١٤ ، فقرة أولى . وقد قررت المحكمة فى حكمها أنه ما دامت الشركة تقوم بكل أعمالها ، أو بالنصيب الأوفر منها فى مصر فانها تكون بذلك قد قبلت الخضوع *soumission* لجهات الاختصاص المحلية . ويلاحظ هنا أن الخضوع معناه التنازل عن عدم الاختصاص ، اذا كان مفروضا ، وبه يثبت الاختصاص العام ، لأن الأصل فى هذا الأخير أن يكون شخصا كما رأينا . أما هنا فاختصاص المحاكم المختلطة ثابت من أول الأمر لوجود الشركة فعلا فى مصر ، ولهذا نرى أن المحكمة لم تكن بحاجة للاستعانة بمبدأ الخضوع لتقرير اختصاصها ، ولكن يظهر أنها فعلت ذلك من باب الاستطراد فحسب .

وقصارى القول أن الامتياز المقرر بموجب المادة ١٤ فى فقرتها الأولى ليس مقصورا على المصريين بل متعليا الى الأجانب . ولم يكن فى مقدور المشرع المصرى أن يقصره على الأولين ، لأن النص وارد فى تشريع مختلط تستفيد منه جميع الجنسيات .

٣٥٣ — وتنص المادة ١٤ فقرة ٢ على اختصاص المحاكم المختلطة بنظر القضايا التى ترفع على الأجانب الذين غادروا الأقطار المصرية^(٢) وذلك فى أحوال محصورة ، بأن كانت الالتزامات ناشئة عن أموال منقولة أو عقارية ،

(١) والحكم المنشور فى م . ت . م . ٤٠ . ٢٢٢ . وراجع Messina ٢ . ٩٧ .

(٢) وفى النص الفرنسى *qui ont quitté* ونقلت الأنظار الى أن عبارة « الأقطار المصرية » أصبحت لا تتفق وانفصال مصر عن تركيا .

أو كانت نتيجة لاتفاق تم أو كان واجب التنفيذ فيها^(١) ، أو كان الفعل حصل فيها أيضا .

ووفقا لهذه المادة حكمت المحاكم المختلطة باختصاصها بنظر الدعوى المتعلقة بعقد تم في مصر مع وكيل لأجنبي غير موجود فيها وقت العقد^(٢) ، وحكمت باختصاصها أيضا بنظر الدعوى اذا كانت متعلقة بكمبيالة اتفق فيها على أن مصر هي محل الوفاء^(٣) ، وكذلك بنظر الدعوى المتعلقة بتصادم بحرى وقع في المياه المصرية بين بواخر أجنبية مملوكة لشركات أو لأشخاص موجودين في الخارج^(٤) ، وحكم بأن المدين الأجنبي الذى يترك البلاد وهو في حالة توقف عن الدفع يمكن طلب اشهار افلاسه أمام المحاكم المختلطة لأن الفعل قد وقع في مصر^(٥) .

(١) انظر ٤ ابريل ١٨٨٨ . المجموعة الرسمية المختلطة ١٣ . ١٥١ بالنسبة للقود التى يعقدها الأجنبي المقيم في مصر أثناء وجوده في الخارج على أن تنفذ في مصر ، وقضى الحكم باختصاص المحاكم المختلطة ، و ٢ ديسمبر ١٩١٥ . م . ت . م . ٢٨٠ . ٤٣ . و ٨ مارس ١٩٢٢ . م . ت . م . ٣٤ . ٢٢٨ وكذلك ٢٣ نوفمبر ١٩٢٢ . م . ت . م . ٣٥ . ٤٦ وفى القضية كانت المفاوضات الأولية المتعلقة بالعقد ، وهو عقد تأمين ، قد تمت في فرنسا ولكن توقيع العقد نهائيا حصل في مصر فاعتبرت المحاكم المختلطة مختصة على هذا الأساس . وقارن أيضا ٢٨ مارس ١٩٢٨ . م . ت . م . ٤ . ٢٥٦ ، وبالنسبة للمقولات يكتفى بوجود المقول في مصر وقت رفع الدعوى بشأنه . راجع Messina . ٢ . ١٠٨ .

(٢) وهنا مجال لفكرة التعاقد بالمراسلة قارن ١٣ يناير ١٩٢٦ . م . ت . م . ١٧٩ وكذلك Messina ٢ . ١٠٩ .

(٣) ١٠ يناير ١٩٢٤ . م . ت . م . ٣٦ . ١٤٣ .

(٤) قارن ٢٢ مارس ١٨٩٩ . م . ت . م . ١١ . ١٦٦ و ١٠ ابريل ١٩٠٢ . م . ت . م . ١٤ . ٢٤٢ وقد حكمت المحاكم المختلطة باختصاصها بنظر دعوى المسؤولية عن حادثة قتل وقعت في مركب في عرض البحر ما دام القروض أن المسافر كان يقصد الحجى الى مصر وتعهدت الشركة بذلك بموجب عقد النقل ، وعلى هذا تعتبر مصر بلد الوفاء . محكمة اسكندرية التجارية ١٩ ابريل ١٩١٠ . جازيت ١٣٣ . ١ ولكن محكمة الاستئناف المختلطة رفضت الأخذ بهذا المبدأ لأن أساس المسؤولية هنا الفعل لا العقد وبناء على ذلك يكون الاختصاص لمحكمة مركز الشركة الرئيسى ٧ فبراير ١٩١٢ . جازيت ٢ . ٨٨ .

(٥) ٢ مارس ١٩٢٧ . م . ت . م . ٣٩ . ٢٩٧ و ٥ يونيه ١٩٠١ . م . ت . م .

٣٥٤ — واذا رجعنا الى النص التشريعى السالف وجدنا أنه يقول بجواز رفع الدعوى على الأجنبي الذى غادر الديار ، فهل معنى ذلك أنه يشترط أن يكون الأجنبي موجودا من قبل أولا ؟ اختلفت فى ذلك الآراء ، فقالت أغلبية الأحكام بأن النص يطبق على الأجانب بدون تقييد ، أى سواء سبقت لهم الإقامة فى مصر أولا ، لأن الاختصاص هنا مبنى على عناصر محلية واعتبارات متعلقة بمصلحة المعاملات والأمن المدنى ، فلا داعى مطلقا لأن يفرق المشرع بين الأجانب الذين كانوا موجودين فى البلاد ثم غادروها ، والأجانب الذين لم يوجدوا فيها أصلا^(١) . ويؤيد هذا رأى المرحوم أبو هيف بك اذ قرر أن المشرع قد أورد العبارة السالفة الذكر (الأجانب الذين تركوها) فى النص خطأ ، لأنه تصور صعوبة حصول عقد أو وقوع حادث فى مصر دون أن يكون المتعاقدان أو الفاعل موجودين فيها ، وهذا مخالف للواقع اذ قد تتم العقود بالمراسلة أو بواسطة وكلاء ، وكذلك قد تقع حوادث بوساطتهم ، أو من أشياء مملوكة لأجنبي موجود فى الخارج . وقال بعض الأحكام الأخرى بعكس رأى السالف ، أى بضرورة الأخذ بالترقية ، لأن لغة المشرع تفيد أنه أراد التمييز بين الحالتين ، وقد جاء فى حكم منها ما يأتى — نعم أن المشرعين الأجانب لم يتبعوا هذا التمييز لأنهم كانوا أحرارا فى وضع تشريعاتهم بخلاف المشرع المصرى الذى كان مقيدا بقيود الامتيازات ، ومن المفهوم أن الدول الأجنبية لاتسمح باعطاء اختصاص واسع للمحاكم المختلطة كما هى الحال بالنسبة لمحاكمها — ومع ذلك فإن أنصار هذا رأى أباحوا الاختصاص للمحاكم المختلطة فى المسائل المتعلقة بالعقارات وفقا لقانون ٧ صفر سنة ١٢٨٤ ، وكذلك فى قضايا اصطدام البواخر التى تحصل فى المياه المصرية بناء على تصور قانونى مقتضاه أن الأجنبي يعتبر موجودا فى مصر .

(١) انظر مؤلفه . ٣٧٩ وحكم استئناف مختلط ٨ فبراير ١٩٢٢ . م . ت . م .

ويلاحظ أن الاختصاص هنا مبناه المادة ١٤ فقرة أولى^(١).
 إزاء هذه الخلافات عرض الأمر على محكمة الاستئناف المختلطة بدوائرها
 الجمعية ، ففصلت فيه بحكم صادر في ٢٤ فبراير سنة ١٩٢٦^(٢) أيدت به الرأي
 الأول ، واستندت علاوة على الحجج المقدمة على المادة ١١ م . م . فقررت أن
 مبادئ العدالة والقانون الطبيعي تقضيان بتطبيق هذا النص على الأجانب الذين
 لم يوجدوا أصلا في مصر ، لأن هذه المبادئ متبعة بصفة دولية^(٣) . وأنه لا حاجة
 للاعتماد على لائحة ٧ صفر سنة ١٢٨٤ للقول باختصاص المحاكم المختلطة فيما
 يتعلق بالعقارات .

٣٥٥ — وظاهر أن النص لا يشترط أن يكون رافع الدعوى مصريا ،
 فيصح أن يكون أجنبيا وذلك لنفس الأسباب التي ذكرتها من قبل . ولكن مع ذلك
 فإن بعض^(٤) الأحكام المختلطة قد اشترط أن يكون رافع الدعوى متوطنا في مصر ،
 لأن هذا النص يورد استثناء على قاعدة أن المدعى يسعى الى محكمة المدعى عليه ،
 ولأنه اذا كانت التشريعات الأجنبية قد أباحت هذا الاستثناء لمصلحة رعاياها
 فإن التشريع المختلط يبيحه فقط على هذا القياس للمتوطنين في مصر ، أى
 أن الموطن يحمل محل الجنسية لا مكان الاستفادة من هذا النص . على
 أن هناك أحكاما كثيرة لم تأخذ بهذا الرأي المتقدم ، ورجح المرحوم أبو هيف

(١) والحكم صادر في ١٠ مايو ١٩٢٢ م . ت . م . ٣٤ . ٢٧٤ وقد أشار اليه
 المرحوم أبو هيف بك ٣٧٧ وراجع أيضا ٢٠ فبراير ١٩٢٤ م . ت . م . ٣٦ . ٢٣٢ .
 (٢) ومنشور في م . ت . م . ٣٨ . ٢٥٨ .

(٣) راجع فيما يتعلق بمركز الأجانب المتوطنين في السودان بعد اتفاقية ١٩ يناير ١٨٩٩
 حكم محكمة مصر التجارية الصادر في ١٨ يونيو ١٩٢٧ . جازيت ١٨ . ٦٠ . وكان من المقرر
 قبل هذه الاتفاقية أن اختصاص المحاكم المختلطة شامل للسودان .

(٤) انظر ٢٩ مارس ١٩٢٢ م . ت . م . ٣٤ . ٢٧٥ ولكن يظهر أن الأحكام
 المختلطة التي تسير في هذا الاتجاه تميل الى اسقاط هذا القيد اذا كان النزاع متعلقا بعقار . ١٢
 يونيو ١٩٠٢ م . ت . م . ١٤ . ٣٤٧ .

بك الرأي الأخير ، ونحن تؤيده ، لأن هذا القيد لا وجود له في النص فلا محل لابتداعه ^(١) .

٣٥٦ — وإذا تحقق الاختصاص العام للمحاكم المختلطة بناء على سبب من الأسباب السالفة الذكر فإن للمدعى الحق في رفع الدعوى أمام محكمة موطنه أو أمام محكمة الاسكندرية ، وقد ورد النص على ذلك صراحة في المادة ٣٥ مرافعات فقرة ٩ . وظاهر أن السبب في اختيار أحد هذين المحلين راجع الى أنه ليس هناك موطن للأجنبي في مصر ^(٢) . ولا يغيب عن الذهن أنه يشترط لتطبيق المادة ٣٥ فقرة ٩ أن يكون الاختصاص العام متوفرا من قبل .

٣٥٧ — ويتصل بنص المادة ١٤ السالفة الذكر نص المادة ٣٥/٧ مرافعات وقد أباح للمدعى في المواد التجارية أن يكلف المدعى عليه بالحضور أمام محكمة محله اذا كان له موطن في مصر أو أمام محكمة المحل الذي حصل الاتفاق وتسليم البضاعة فيه — أى أن حصول الاتفاق وحده لا يكفي لاعطاء الاختصاص للمحكمة بل لا بد أيضا من تسليم البضاعة فعلا — كما يبيح النص رفع الدعوى أمام المحكمة التي بدائرتها يحصل الوفاء . وكلمة وفاء هنا تؤخذ بمعناها الواسع ^(٣) .

(١) انظر ١٠ مايو ١٩٠٦ . م . ت . م . ١٨٠ . ٢٤٧ وأبوهيف بك ٣٨٢ والأحكام التي أشار إليها .

(٢) فان وجد له موطن مختار رفعت الدعوى أمام المحكمة التي يقع في دائرتها هذا الموطن ، وانظر أخيرا حكم استئناف مختلط ٥ يونيو ١٩٣٥ منقور في م . ت . م . ٤٧ . ٣٥٩ .

(٣) وعندى أن نص المادة ٣٥/٧ ينطبق بحسب الأصل ، على العلائق التي تتم في مصر أما العلائق التي تتم في الخارج فانه يحكمها بفضل الاحالة الواردة في المادة ١٤ م . م . وأهمية هذه الملاحظة تظهر في أن المطلوب في الأصل هو تحديد المحكمة المختصة داخليا أى في داخل الحدود المصرية ، فاذا كانت بلد الوفاء ايطاليا مثلا فمن الممكن أن يؤول النص بأنه يعترف بالاختصاص للمحاكم الايطالية في هذه الحالة . والخلاصة أن النص ينظم الاختصاص الخاص للمحاكم المصرية فيما يتعلق بالمحاكم التجارية المصرية ، وكذلك ينظم الاختصاص العام المباشر في المسائل التجارية . قارن المادة ٤٢٠ م . ف وشرحها في Bartin . ١ . ٥٥٧ حيث يقرر نفس الرأي بالنسبة للتشريع الفرنسي =

وقد كان لهذه المادة الأخيرة شأن كبير قبل صدور حكم الدوائر بمجموعة السالف في سنة ١٩٢٦ لأن المحاكم^(١) التي كانت تقصر تطبيق المادة ١٤ / ٢ على الأجانب الذين كانوا بمصر فعلا ثم تركوها كانت تعترف باطراد بإمكان تطبيق المادة ٣٥ / ٧ مرافعات في المسائل التجارية على الأجانب الذين لم يقيموا أصلا في البلاد كما هو ظاهر من الحالتين الأخيرتين المذكورتين في المادة ، وكذلك من العبارة الأخيرة الواردة في نهاية المادة ١٤ م . م .

والواقع أنه لا يكفي مجرد وجود الأجنبي المدعى عليه في مصر لامكان اختصاص المحاكم التجارية بنظر منازعات لم تتوفر فيها الشروط الواردة في المادة ٣٥ / ٧ . وذلك على خلاف ما هو متفق عليه في تفسير المادة ١٤ / ١ مدني ، وحكم الدوائر بمجموعة في تفسير المادة ١٤ فقرة ٢ مدني ، ومن هنا يتبين لنا أن اختصاص المحاكم المختلطة المدنية أوسع بكثير من اختصاص المحاكم التجارية .

وقد تساءل البعض عن طبيعة الاختصاص المقرر في المادة ١٤ وهل هو من النظام العام أولا ؟ فحكمت المحاكم المختلطة^(٢) أن أسباب الاختصاص الواردة في المادة ١٤ متعلقة بالنظام العام لأنها مبنية على أسباب محلية راعاها المشرع ، ولأن المحاكم المختلطة إنما أنشئت باتفاقات دولية لنظر هذه المنازعات بين الأشخاص المختلفي الجنسية فلا يملك هؤلاء الأشخاص نزاع اختصاصها وتحويله لمحكمة أجنبية بمجرد اتفاقهم على ذلك ، ولو كان هذا الاتفاق مشروعا وفقا لقانون

= وكذلك ١١ مايو ١٩٠٤ . م . ت . م . ١٦٠ . ٢٣٩ وحكم محكمة اسكندرية التجارية أول ابريل ١٩٢٦ . جازيت ١٦٠ . ٢٦٥ وأيضا ١٩ فبراير ١٩٢٧ . م . ت . م . ٣٩ . ٢٥٣ وعكس رأينا Messina . ٢ . ١٠٣ .

(١) قارن مصر المختلطة التجارية ٢٠ ابريل ١٩١٢ جازيت ٢ . ٣٤ . ٢٧٤ و ٢٠ فبراير ١٩٢٤ . م . ت . م . ٣٦ . ٢٣٢ و ٦ مايو ١٩٢٥ . م . ت . م . ٣٧ . ٤٠١ .
(٢) ٢٥ مايو ١٨٩٢ . م . ت . م . ٤ . ٢٩٤ و ٩ مايو ١٩١٢ . م . ت . م . ٢٩ . ٤١٠ و ٨ مارس ١٩٢٢ . م . ت . م . ٣٤ . ٢٢٧ و ٢٨ مارس ١٩٢٨ . م . ت . م . ٤٠ . ٢٥٦ .

المحكمة الأجنبية . وعلى ذلك اذا اختار شخص موطناً في الخارج رغبة في اعطاء الاختصاص لمحكمة هذا الموطن وفقاً لمادة ٣٥/٥ فان هذا الاتفاق لا يكفي تنزع الاختصاص العام للمحاكم المختلطة اذ النص الأخير انما ينطبق فقط بشأن الاختصاص المحلي الخاص^(١) .

ومن الجهة الأخرى فقد أجازت المحاكم المختلطة الاتفاق على اختصاصها ولو في غير الأحوال الواردة في المادة ١٤ م . م . فاذا رفعت الدعوى أمام المحاكم المختلطة ولو لم تكن مختصة بناء على سبب من الأسباب التي بينهاها ، فليس لها أن تقضى بعدم الاختصاص من تلقاء نفسها ، بل لا بد وأن يتمسك المدعى عليه بذلك في بدء القضية ، لأن عدم الاختصاص هنا شخصي لا موضوعي ، فالاتفاق على اختصاصها قد يتقرر صراحة أو ضمناً^(٢) .

هذا ويلاحظ أن المشرع المصري عند تحديد الاختصاص العام للمحاكم المختلطة لم يتأثر فقط باعتبارات الأشخاص السابقة ، بل تأثر كذلك بالاعتبارات الموضوعية من حيث تحديد الاختصاص الخاص كما رأينا عند شرح المادة ٣٥/٧ مرافعات إذ أنها خاصة بالمسائل التجارية دون المدنية .

٣٥٨ - انتهينا الى هنا من بحث الاختصاص العام للمحاكم المختلطة بالنسبة للدعوى الشخصية سواء كان موضوعها مدنياً أو تجارياً . ونعرض الآن

(١) انظر ٢٥ مايو ١٨٩٢ م . ت . م . ٤ . ٢٩٤ وقارن ٨ مارس ١٩٢٢ م . ت . م . ٣٤٠ . ٢٣٨ الذي يقرر أن ضمان الأجنبي التوطن في الخارج يجعل المحاكم المختلطة مختصة ولو لم يتوفر أحد الأسباب الواردة في المادة ١٤ / ٢ م . م . وقارن ٢٤ ابريل ١٩٢٨ م . ت . م . ٤ . ٣١٩ . وقد قرر أنه لا يمكن الاتفاق على اختصاص محكمة أجنبية دون المحاكم المختلطة ، اذا كان هذا الاتفاق قد حصل في مصر ، أما اذا حصل الاتفاق في الخارج مقارنة للتصرف القانوني محل النزاع فهذا الاتفاق جائز . وأشار الحكم في هذا الصدد الى حكم استئناف مختلط صادر في ١٦ فبراير ١٩٢٨ ومنشور بنفس المجموعة . ٢٠٢ وحكم آخر صادر في ٣ مارس ١٩٢٨ ومنشور بنفس المجموعة . ٢٢٠ .

(٢) راجع Messina . ٢ . ١١٤ .

لبحث الاختصاص العام لهذه المحاكم بالنسبة للدعاوى العقارية . وقد رأينا أنه إذا تعلق هذه الدعاوى بالتزامات عقارية فانها تدخل في الاختصاص العام المختلط بناء على المادة ١٤ سالفة الذكر . أما اذا كانت الدعوى عينية فان هذه المحاكم تختص بنظرها عملاً بالقواعد العامة المقررة في الاختصاص العام ، وكذلك بنص المادة ٩ من لأئحة ترتيب المحاكم المختلطة وبنص المادة ٥ م . م ، وأيضاً عملاً بأحكام فرمان العثماني الصادر في ٧ صفر سنة ١٢٨٤^(١) .

ولقد قام بعض الشك حول جهة الاختصاص بشأن الدعاوى العينية العقارية بين الوطنيين (المصريين) وهل تدخل في اختصاص المحاكم المختلطة دون المحاكم الأهلية وذلك لأن عبارة النصوص كانت غامضة بعض الغموض ، اذ كانت تقول بالاختصاص بالنسبة لهذه الدعاوى بين الأشخاص متحدى الجنسية . وقد عدلت هذه النصوص في سنة ١٩٠٠ ، فذكرت لفظة (أجنب) صراحة ، أى أن المحاكم المختلطة تختص بنظر هذه الدعاوى ولو كانت بين الأجنب المتحدى الجنسية^(٢) دون المصريين .

ومن الجهة الأخرى فان تحديد معنى عبارة الدعاوى العينية العقارية قد أثار الخلاف . فحصل التساؤل عما اذا كانت تشمل الدعاوى المختلطة ، أو ما يسميه البعض بالدعاوى الشخصية العقارية أو لا^(٣) ؟ فقال بعض الأحكام بأن هذه الدعاوى هي في الحقيقة دعاوى عينية عقارية ، وقال البعض الآخر بأنها دعاوى شخصية ، ولذا لا تدخل ضمن النص لأنه استثنائي^(٤) .

(١) وهذا البدء مقرر بصحة عالمية ولا ينازع فيه أحد ، قارن Pillet-Niboyet . ٨٩٨ .
(٢) وفي رأى المحاكم المختلطة أنها مختصة بنظر هذه الدعاوى حتى بين الأجنب المتحدى الجنسية ولو لم يكونوا تابعين لدولة من الدول صاحبات الامتياز قارن قبله . ١٤ هامش (١) .
(٣) ومن هذه الدعاوى ، دعوى ابطال البيع أو الاقرار بمحصول مقايضة أو ابطال صلح أو عقد منشىء لدوطة على عقارات الخ .

(٤) وتظهر أهمية هذا الخلاف من وجهة الاختصاص الخاص اذ أننا لو اعتبرنا أن هذه الدعاوى شخصية وكانت بين أجنب متحدى الجنسية فانها تكون من اختصاص المحاكم القنصلية =

وقواعد الاختصاص العام التي تناولناها بالبحث خاصة بالعلائق المالية دون علائق الأحوال الشخصية ، اذ تقع هذه الأخيرة في اختصاص محاكم أخرى أعظمها المحاكم الشرعية لأنها المحاكم العامة ، بالنسبة للمصريين على الأقل ، في نظر هذه المسائل^(١) . وتقرر المادة ٢٣ من لائحة ترتيبها أنه يصح رفع الدعوى على المسلم ما دام موجودا في القطر المصري وذلك سواء كان المدعى مسلما أو ذميا أجنبيا كان أو مصرية^(٢) . فاذا كان المدعى والمدعى عليه أجنبيين وانفقا على اختصاص المحاكم الشرعية ، فإن بعض هذه المحاكم يعتبر هذا الاتفاق صحيحا وينظر النزاع بغير مراعاة لاختلاف الجنسية . على أن المحاكم القنصلية تنكر عليه هذا الاختصاص ، اذا كان الأجانب من رعايا الدول أصحاب الامتيازات ، كما تنكره عليه أيضا المحاكم المختلطة في حالة الأجانب غير الممتازين أو الذين لا جنسية لهم كما هي الحال بالنسبة للروس اللاجئين .

وانى ألفت الأنظار الى أن المادة ٣ من قانون المجالس الحسبية تقرر اختصاص هذه المجالس بالنسبة لجميع المتوطنين في مصر ، مصريين كانوا أو أجانب غير ممتازين ، وهذا النص بدوره متعلق بالاختصاص العام^(٣) .

٣٥٩ — رأينا أن القواعد التي تبين الاختصاص العام يضعها المشرع الوطني حسبما يراه موافقا ، فقد يتوسع فيها كما فعل المشرع الفرنسي ، وقد يضيق في بعض الأحوال كما فعل المشرع المصري ، وعلى أية حال فإن هنالك قيودا عامة

= وهذا الرأي مرجوح ويناهضه Du Rausas . ٢ . ٣٥٥ — ٣٥٧ وتجري أغلبية الأحكام على عكسه ومنها ٨ مايو ١٩٠٧ . م . ت . م . ١٩٠١ . ٢٤١ و ٢٩ مايو ١٩٢٣ . م . ت . م . ٢٥ . ٤٦٤ و ٧ فبراير ١٩٢٨ . جازيت ١٨ . ١٣١ . ١٤٤ ويؤيد الرأي الأول ٢١ فبراير ١٩٢٤ . م . ت . م . ٣٦٠ . ٣٣٦ .

(١) وسنعرض لاختصاص الجهات الطائفية الأخرى في الكتاب الثالث من مؤلفنا .
(٢) ويلاحظ هنا أن المحاكم الفرعية من هذه الناحية أوسع اختصاصا من المحاكم الأهلية .

(٣) راجع قبله ٢٨٤ والمواش .

تدخل على الاختصاص العام . ومبنى هذه القيود وجوب اعفاء بعض أشخاص من سلطان القضاء الوطنى وذلك لتمتعهم بامتيازات سياسية ، ولو لم تقل بها المعاهدات ، كرؤساء الدول الأجنبية الموجودين فى الخارج ، الا اذا تعلق النزاع بمصالحهم الخاصة كأن كانت لهم أملاك خارج دولتهم ، فيقول البعض بجواز رفع الدعوى عليهم لأن علة الاعفاء منتفية ، وهى المحافظة على استقلال الدولة التى يمثلونها . ومن المقرر فى هذا الصدد أنه يصح لرؤساء الدول أن يتنازلوا عن هذا الامتياز بخضوعهم للقضاء الوطنى ، اذ الخضوع كما هو معلوم سبب من أسباب الاختصاص العام ^(١) . وكذلك تغنى الحكومات الأجنبية من القضاء الوطنى وذلك رغبة فى عدم المساس بسلطانها وسيادتها ، وتبع هنا نفس التفرقة السابقة ، وأساسها التمييز بين التصرفات العامة والتصرفات الخاصة ، فتخضع هذه الأخيرة للقضاء الوطنى ^(٢) . أما الممثلون السياسيون والقنصليون فيعاملون فى مصر معاملة خاصة نظمت بذكرى تو سنة ١٩٠١ ^(٣) .

(١) وهذه الأحكام مقررة فى أغلب المالك الأوروبية تشريعا وقضاء ، الا أنهم فى انجلترا لا يبيحون رفع الدعوى كلية . راجع Dicey . ٢١٦ وكذلك المجلة ١٩١٣ . ٥٣٥ .
(٢) فالأصل اذن أن ترفع الدعوى على الحكومة الأجنبية أمام محاكمها ويتبع ذلك على الأقل من باب الأخذ بالأحوط . ولكن لا جدال أيضا فى أن المحاكم الوطنية تختص اذا ما خضعت لاختصاصها الحكومات الأجنبية ، وكذلك اذا كان موضوع الدعوى عقارا . قارن Pillet-Niboyet ٩٠٨ حيث يقرر أن المحاكم الفرنسية ترفض اتباع التفرقة بين التصرفات العامة والتصرفات الخاصة وتقول باعفاء الحكومات الأجنبية دائما من اختصاص المحاكم الفرنسية ، وعلى أية حال فانه من المقرر حتى فى الأحوال التى تختص فيها المحاكم الوطنية أن لا تتبع اجراءات التنفيذ الجبرى .

(٣) بالنسبة للحالة قبل صدور هذا الدكرى ، وكان عمادها بعض الاتفاقات السياسية الخاصة ، يراجع بسطوروس . ١ . ١٨٥ و ١٨٧ حيث تجد مثالب هذه الحالة التى دعت الى الاصلاح . ويلاحظ أن الدكرى السالف الذكر انما ينطبق فقط بالنسبة للممثلين السياسيين والقنصلين للدول التى وافقت على نظام الاصلاح ، فمن عداهم يتبع فى شأنهم القواعد العامة فى القانون الدولى العام وقواعد الاختصاص العام المصرية . على أنه يستفيد من أحكام هذا الدكرى بعض المعاهد الدينية وذلك بموجب اتفاقات خاصة . راجع أخيرا فى الموضوع حكم ٧ مارس ١٩٣٥ . م . ت . م . ٤٧ . ١٩٢ وكذلك حكم ١٠ فبراير ١٩٢٧ . م . ت . م . ٣٩ . ٢٣١ .

ومن المتفق عليه في القانون الدولي العام أن هناك أشخاصا آخرين يعفون من القضاء الوطني بناء على فكرة الخروج عن الاقليم كأفراد القوات البرية والبحرية وليس هنا مجال تفصيل ذلك^(١).

ويتقيد الاختصاص العام في مصر بشأن الدعاوى العينية العقارية اذا تعلقت بعقارات كائنة في الخارج . وهذا القيد معترف به بصفة عامة في كل الدول ، ويمكن الأخذ به في مصر اعتمادا على مفهوم المخالفة من المادتين ٥ م . م . و ٩ من لأئحة الترتيب المختلطة ، وفي رأى المحاكم أنه لا مانع يمنع من أن تختص محكمة أجنبية بنظر النزاع اذا قضت بذلك المبادئ العامة في الاختصاص العام^(٢).

٣٦٠ — واذا رفعت دعوى الى المحاكم المختلطة وكانت مختصة بنظرها وفقا للمبادئ السالفة . فانها تنظر فيها ، حتى اذا دفع أمامها بدفع الاحالة للارتباط Connexité أو لقيام الدعوى أمام محكمة أجنبية أخرى *litis pendance* في نفس الوقت فانه لا يؤخذ بهذا الدفع ولو أن ذلك قد يؤدي في النهاية الى التناقض بين الأحكام . والعلة في ذلك أن مجال الأخذ بالدفع هو أحوال الاختصاص الخاص ، اذ الاختصاص العام تتمتع به محاكم كل دولة بالاستقلال عن محاكم الدول الأخرى^(٣).

ولكن هل تقبل دعوى الضمان الفرعية على أجنبي ، لم يكن للمحاكم المختلطة اختصاص عليه من أول الأمر بصفة أصلية ؟ قال المرحوم أبو هيف بك

(١) راجع مؤلف زميلنا الأستاذ جنيته في القانون الدولي العام . ٣٤٠ وما بعدها .

(٢) انظر ٢٠ ديسمبر ١٩٢٣ م . م . ت . م . ٣٦ . ١٠١ و ١٨ يناير ١٩٢٣ م . م . ت . م . ٣٥ . ١٥٨ و ١٠ يناير ١٩٢٤ م . م . ت . م . ٣٦ . ١٤٤ .

(٣) ومع ذلك فن المقرر أنه اذا تعدد المدعى عليهم وكانوا تابعين لدول مختلفة فن الممكن الجمع بينهم أمام محكمة دولة واحدة حسب اختيار المدعى . ' قارن ٢٠ فبراير ١٩٢٨ م . م . ت . م . ٤٠ . ٢٠٢ وكذلك حكم محكمة اسكندرية التجارية ٩ يناير ١٩٢٢ . جازيت . ١٢ . ٢٦٦ .

بجواز ذلك وسمى هذا الاختصاص بالاختصاص المبني على التيسير .
Considerations of convenience وامتند في ذلك على أفكار Dicey .
 ولكن رفضت المحاكم المختلطة الأخذ بهذا الرأي وقضت بعدم قبول
 الدعوى في هذه الحالة ^(١) .

٣٦١ — ومن المتفق عليه أن تغيير الخصوم لجنسيتهم بقصد نزع
 الاختصاص من المحكمة بعد رفع الدعوى أمامها لا يؤثر مطلقا في هذا
 الاختصاص ^(٢) . وذلك تطبيقا لفكرة الغش نحو القانون . والجنسية محل الاعتبار
 هي التي يتمتع بها الخصام وقت رفع الدعوى ^(٣) . وعلى أية حال فمن المتفق عليه
 أيضا أنه إذا تغيرت جنسية أحد الطرفين أثناء نظر الدعوى وبدون غش من جانبه،
 كما إذا ضم جزء من دولته إلى دولة أخرى ، أو إذا كان أحد المتقاضين امرأة
 عقدت زواجا فاكتملت بموجبه جنسية أجنبية ، فإن ذلك لا يؤثر في سير
 الدعوى ، إذ القول بعكس ما تقدم معناه السماح بالاضطراب في الإجراءات الخاصة
 بإدارة القضاء وتقرير العدالة ومعلوم أنها متعلقة بالنظام العام . أما إذا كان تغيير
 الجنسية قد تم في الفترة بين نشوء العلاقة القانونية ورفع الدعوى بشأنها فإنه يعتبر ،
 أي أنه يؤثر في الاختصاص فترفع الدعوى أمام محكمة جنسيته الجديدة .

(١) النظر ١٠ فبراير ١٨٨١ المجموعة الرسمية المختلطة ٦٠ — ٨٥ وأبو هيف بك
 ٣٨٥ و Dicoy ٥٨ و ٥٩ وقارن مع ذلك قبله ٣٩٩ . هامش (١) .

(٢) راجع مقالنا في تغيير الديانة وآثاره ٣٠٦ وحكم محكمة مصر الكلية ٢٧ فبراير
 ١٩٣٤ . المحاماة ١٤ . ٦٢١ والأحكام المختلطة التي أشار إليها . والأحكام الكثيرة المشار
 إليها في بسطوروس . ١٠ . ١٦٨ .

(٣) وقد زعم البعض أن الجنسية محل الاعتبار هي جنسية الخصام وقت نشوء العلاقة
 القانونية . راجع Anbry et Rau . ٨ . ٧٤٨ ولكن رفض القضاء الأخذ بهذه النظرية
 لأن النصوص التشريعية تقول بعكسها . راجع Valéry . ٧٢٦ — ٧٣٣ وعلى الشخص
 القضية الشهيرة المعروفة باسم « الكونت دي باري » .

الفصل الثاني

في

قواعد المرافعات

٣٦٢ — اذا ما ثبت الاختصاص العام المباشر لمحكمة مصرية بنظر نزاع فيه عنصر خارجي ، فان الفصل في هذا النزاع لا يتم الا بعد اتباع اجراءات معينة تنظمها قواعد المرافعات ^(١) ، فأى قانون يرجع اليه لمعرفة القواعد، أو بعبارة أخرى لأى قانون تخضع قواعد المرافعات ؟ من المتفق عليه أن هذا القانون هو قانون القاضى *lex fori* الذى رفع اليه النزاع ، ولكن رغم الاتفاق على المبدأ الرئيسى فان الخلافات كثيرة بشأنه .

٣٦٣ — وتبدأ الخلافات على أساس المبدأ فى ذاته ، فقال البعض ان علة الأخذ به هو اتباع قاعدة .. *Locus* لأن الاجراءات تتم فى بلد القاضى وهى متعلقة بالشكل فتخضع اذن للقاعدة السالفة الذكر ، ولقد أثبت الأستاذ ^(٢)

(١) وعلى ذلك يمكننا أن نقرر أن قواعد المرافعات بخلاف القواعد الموضوعية التى تفصل فى موضوع النزاع ، هى عبارة عن القواعد التى تبين الطرق اللازم اتباعها لرض النزاع على القضاء . وكذلك القواعد التى يتبعها هذا الأخير توصلاً للفصل فى موضوع النزاع . وظاهر أنها على هذا الأساس بعيدة عن المساس بموضوع الحق فى ذاته اذ تنصرف مهمة القضاء الى التحقق من وجود النزاع ثم تطبيق الوسائل المقررة قانوناً للوصول الى اكتشاف الحق . قارن رسالة *Silz* السابق الاشارة اليها ١٣٤ وما بعدها . ولا يفوتنا أن نشير هنا الى الصلة التى توجد بين قواعد المرافعات بهذا المعنى والقانون العام فى الدولة ، اذ القضاء من وظائف الدولة الأساسية . وقارن أيضاً ٢٧ يناير ١٨٩١ م . ت . م . ١ . ٦١٦ .

(٢) راجع مؤلفه ١ . ٤٠٥ ومؤلف *Silz* ٣٠٣ حيث يقرر أن اجراءات التصرف هى التى تخضع بحسب الأصل لحكم القاعدة ، أما اجراءات الفصل فى النزاع فهذه تخضع لقانون القاضى ولو أن النزاع ناجم عن التصرف . راجع نفس المؤلف ١١٨ وما بعدها . وحكم محكمة النقض الفرنسية الصادر فى ٢٠ ابريل ١٨٩٨ . *Clunet* . ١٩٠١ . ٣٤١ . والواقع أن اتباع قانون القاضى فى مسائل المرافعات مقرر منذ زمن بعيد اتباعاً لمبدأ عينية القوانين . *la réalité des statuts*

Bartin فساد هذا التعليل لأن القاعدة السالفة اختيارية ، اذ أن تطبيقها موقوف على عدم التجاء الطرفين للشكل المقرر في قانون آخر ، كقانون جنسيتها مثلا ، وهذا مالا يمكن التسليم به بالنسبة لقواعد المرافعات ، اذ المفروض أن هذه القواعد آمرة .

وقال آخرون ان أساس الأخذ بهذا المبدأ هو فكرة النظام العام ^(١) ، أى أن هذه القواعد معتبرة من النظام العام ، فلا يمكن للقاضى أن يسمح باتباع غيرها في أية دعوى يختص بنظرها . ولقد أثبت الأستاذ Bartin فساد هذا القول ، لأن تطبيق قانون القاضى بالنسبة لمسائل المرافعات معترف به في كل بلاد العالم المتمدين باعتباره مبدأ عالميا في القانون الدولى الخاص ، أما تطبيق قانون القاضى بناء على فكرة النظام العام فمختلف في تقديره في البلاد المختلفة لأن فكرة النظام العام كما هو معلوم متغيرة باختلاف المكان والزمان .

وعلى ذلك تكون العلة الحقيقية في تطبيق قانون القاضى فى مسائل المرافعات ، هو أن القاضى الوطنى فى أى بلد ما انما يقضى بناء على السلطة التى أعطاها اياه صاحب السلطان فى تلك البلاد ، فهو ملزم اذن باتباع الوسائل التى يبينها تشريع بلاده ، ولا يمكن التسليم قط باختلاف الاجراءات فى جلسة واحدة فى القضايا المختلفة ؛ خصوصا أن مسائل المرافعات ليست من الحقوق التى يصح للأخصام أن يدعوها لأنفسهم ^(٢) .

وقد حكم تطبيقا لذلك بأن القانون الذى نظم اجراءات الحجز والتنفيذ هو قانون الجهة التى يوجد فيها الشئ المحجوز ؛ لأنه قانون السلطات التى تباشر

(١) راجع Bartin . ١ . ٤٠٩ - ٤١٤ . وقارن ٢٧ يناير ١٨٩٨ . م . ت . م .

١ . ١١٧ وكذلك ١٨ يناير ١٩٢٢ . م . ت . م . ٣٥ . ١٥٨ .

(٢) انظر Bartin . ١ . ٤٠٦ وكذلك Silz حيث يقرر أننا هنا فى نطاق القانون العام ، اذ لا بد من الطائنة على الحقوق . ولقد حصل التساؤل عن القانون الذى يحكم الاجراءات اذا كان الفصل فى الموضوع يدخل فى اختصاص محكمين . وفى رأى الأستاذ Bartin أن هذا القانون هو قانون الجهة التى يحكم فى دائرتها المحكمون . المرجع السابق .

توقيع الحجز ، ولا محل اذن لاتباع الاجراءات المقررة في قانون جنسية الحاجز أو المحجوز عليه.

٣٦٤ — على أن خضوع المرافعات لقانون القاضى لا يمنع من وجود بعض فوارق بسيطة بين القضايا ذات العنصر الأجنبى والقضايا الوطنية . وتظهر هذه الفوارق في مواعيد المسافة ، وضرورة تبليغ الاعلانات ^(١) بطرق خاصة ، ومراعاة نصوص المعاهدات الدولية ان وجدت . ووفقا لما تقدم اذا نص قانون القاضى على أنه يجب على الأجنبى رافع الدعوى أن يقدم كفالة *Cautio judicatum solvi* ، كما هي الحال في التشريع الفرنسى ، اتبعت أحكامه في هذا الصدد .

٣٦٥ — ولقد قام الخلاف أيضا حول تحديد المراد بقواعد المرافعات ^(٢) ، وذلك نظرا للاتصال القوى بين الاجراءات والموضوع ، ففي انجلترا يعطون لقواعد

(١) وشير مسألة شكل الاعلان الخلاف ، فوفقا لأى قانون يتم هذا الشكل ؟ هل يتبع قانون المحكمة المرفوعة أمامها الدعوى أو قانون موطن المعلن وفقا لقاعدة *Loons* . اذا قلنا باتباع قانون المحكمة فالتا تقف أمام صعوبة أخرى أساسها أن قانون هذه المحكمة انما يختص اذا ما رفعت الدعوى صحيحة فوفقا لأى قانون يفصل في صحة الاعلان ؟ الواقع أن التشريعات المختلفة تفصل في ذلك مقدما (انظر ١٠/٨ مرافعات أهلى مختلط) . فبدأ الاجراءات اذن بالاعلان يرجع في صحته للقانون المصرى في كل مرة كانت الدعوى مرفوعة أمام محكمة مصرية ولو كان المدعى عليه أجنبيا مقيما في الخارج . قارن أبو هيف بك . ٣٣٧ — ٣٣٨ وعلى الأخص ٣٤٠ حيث تجد نصوص الاتفاقية المصرية السودانية بشأن تسليم الاعلانات وكذلك Weiss . ٦٤٧ .

وتلحق بمسألة بدء الاعلان وجوب انتهاء الاجراءات لبطلان المرافعة *péremption d'instance* فهل يرجع هنا لقانون القاضى أو لقانون الموضوع ؟ وظاهر أن هذه المسألة تختلف عن مسألة مضي المدة المسقط وقد أشرنا اليها فيما مضى (٣٢٦ من مؤلفنا) . والراجع هنا اتباع قانون القاضى اذ أن هذا القانون انما يقرر البطلان منعا لبقاء الدعوى أمدا طويلا . قارن Weiss . ٦٥١ وكذلك Dioey ٧٦٣ بالنسبة لمضى المدة المسقط .

(٢) ولا شك أن هذه المسألة بدورها متعلقة بالتكييف ، ولنا كان من الطبيعى خضوعها لقانون القاضى . وهذا لا يغنى مطلقا عن تأثيرها الكبير في حقوق الأخصام قارن Silz ١٤٤ هامش (١) .

المرافعات معنى واسعا ، اذ يدخل ضمن المرافعات كل الوسائل المؤدية الى اظهار الحق وعلى الأخص وسائل الاثبات . فالحق من حيث هو يخضع لقانون العقد أما وسائل اثباته فتخضع للقانون الانجليزى باعتبار أن الاثبات داخل ضمن المرافعات . ويقولون ^(١) تأييدا لمذهبهم أنه لا يمكن لأحد أن يعترض على اظهار الحقيقة بالوسائل التى يقرها قانون القاضى ، كما أنه لا يمكن اكراه القاضى على قبول وسيلة فى الاثبات لا يقرها قانونه ، فالمفروض أن قواعد المرافعات المقررة فى قانون القاضى بما فيها وسائل الاثبات ، أحسن من غيرها ، خصوصا اذا لاحظنا أنها مرتبطة ارتباطا وثيقا بقواعد الآداب والحالة الاجتماعية لبلد القاضى . وقد وجد فى فرنسا من أيد هذا المذهب فقالوا بأن الأخذ بقانون أجنبى فى مسائل الاثبات مخالف للنظام العام .

ولكن الرأى الغالب فى فرنسا وفى البلاد اللاتينية ^(٢) يقرر أن الأخذ بالرأى السابق من شأنه المساس بالحقوق المكتسبة طبقا للقانون الأجنبى الذى يحكم العلاقات القانونية من حيث الموضوع ، اذ أن قانون القاضى متغير بتغير المحكمة التى يرفع اليها النزاع ، فيصح أن يكون النزاع من اختصاص محاكم مختلفة . فاذا أخذنا بهذا الرأى تغير المركز القانونى بتغير المحكمة ، ولما كان من المعتاد أن ترفع الدعاوى أمام محكمة موطن المدين ، فليس أسهل على الأخير من تغيير موطنه لكى يؤثر فى حقوق دائنيه ، ويفوت عليهم فى بعض الأحوال اثبات

(١) انظر Dicey ٧٦٢ — ٧٦٣ والأمثلة المذكورة فى ٧٦٦ وأبو هيف بك ٣٤١ .
والزبى مذكرات . ٧٤ .

(٢) قارن Weiss ٦٥١ — ٦٥٢ حيث ضرب أمثلة متعددة يرى فيها وجوب الأخذ فى الاثبات بقوانين أجنبية أمام المحاكم الفرنسية و Surville . ٦٦٧ حيث يقرر أن طريقة الاثبات يجب أن تكون معلومة مقدما *à priori* نظرا لتأثيرها فى موضوع الحقوق . ويقرر الأستاذ أن مجال التنازع هنا هو فى الواقع بين القانون الذى يحكم موضوع التصرف وقانون محل حصوله . انظر ٦٦٨ — ٦٦٩ بالنسبة للاثبات بالكتابة الحاصلة فى شكل رسمى أجنبى أو التى تمت بطريقة عرفية .

ديونهم رغم وجودها حقيقة وفعلا ، ولذلك فان أصحاب هذا الرأي يقولون بالتفصيل الآتى :

(١) ان القانون الذى يحكم الموضوع هو الذى يفصل فى صفة *Qualité* المتقاضين ، وهل يجوز لهم رفع الدعوى أولا ، وعلى من يقع عبء الاثبات ؟ فمثلا اذا كانت الدعوى دعوى وضع يد ، فقانون موقع العقار هو الذى يحدد المزايا التى يتمتع بها واضع اليد ، واذا كانت الدعوى متعلقة بمسئولية ناشئة عن فعل وقع فى فرنسا فانه يؤخذ بالقواعد المذكورة فى المواد ١٣٨٤ — ١٣٨٦ م . ف . لأن القرائن التى يترتب عليها تحويل عبء الاثبات داخلية فى الحقيقة فى النظام القانونى المتعلقة به (وهو هنا المسئولية الفعلية) ، وكذلك لا يقبل الاعتراف أو اليمين الحاسمة الا اذا أجاز ذلك قانون الموضوع . ويندر أن لا يسمح قانون بالأخذ بالاعتراف ، ولكن مع ذلك توجد بعض تشريعات لا تأخذ به فى بعض الأحوال ، كما يحصل ذلك فى مسائل الطلاق ، اذ قد يعترف الزوج أو الزوجة بوجود سبب من أسبابه بغير أن يثبت ذلك بطريقة أخرى ، كل هذا رغبة فى الحصول على الطلاق .

كما أنه يرجع الى قانون الموضوع لمعرفة الوقائع التى على المدعى اثباتها ^(١) *faits à prouver* . والخلاصة أن القواعد الموضوعية فى الاثبات ^(٢) *decisoria litis* تخضع بصفة أصلية للقانون الذى يحكم الموضوع ، وهذا ما حكمت به المحاكم المختلطة باطراد ، فيؤخذ بالدليل الذى يقول به القانون الأجنبى الواجب التطبيق على العلاقة القانونية وان كان هذا الدليل غير مقبول وفقا لقانون

(١) راجع حكم محكمة اسكندرية التجارية ١٢ ديسمبر ١٩١٨ . جازيت . ٩ . ١٠٢ . ويقول الكتاب ان القرائن القانونية ملحقه بالاعتراف . *Bartin* . ١ . ٤٥٠ .

(٢) راجع فيما يتعلق بهذا التقسيم *Surville* . ٦٦٦ و *Weiss* . ٦٤٥ حيث يقرر المؤلف وجهة التقسيم *formes ordinatoires* و *formes decisiores* من الوجهة النظرية فحسب ولكنه يلاحظ أن النوع الثانى ليس شكلا بالمعنى المفهوم فى الشكل .

القاضي^(١) . وبناء على هذا حكم^(٢) أن جميع ما تقتنيه المرأة اليونانية أثناء زواجها يعتبر مشترى ومدخر من أموال الزوج ، إلا إذا أثبتت المرأة أنها اشترته أو ادخرته من أموالها الخاصة . ويحصل الاثبات هنا عن طريق القرينة التي يقول بها القانون اليوناني الذي يحكم العلاقات المالية بين الزوجين ، وهي القرينة المعروفة باسم قرينة موسيانه المقررة بقرار مجلس الشيوخ *Senatus Consultum Mucien* . كما أنه حكم أيضا أن تحديد عبء الاثبات يخضع للقانون الانجليزي المتفق على أنه يحكم بوليصة التأمين .

(٢) أن الدليل السابق *preuve préconstituée* يرجع فيه الى قانون المحل وذلك بالنسبة لطريقة الاثبات وشكلها ، فإذا قام المتعاقدان بتحرير كتابة وفقا للشكل المحلى ، فهذه الكتابة قوتها وفقا لأحكام هذا القانون ، فإن أباح اثبات العكس بطريقة معينة فلا تتبع سواها . ويعتبر الأخذ بقاعدة *Locus* هنا من قبيل الاستثناء على الأخذ بقانون الموضوع ، ويمكن رد هذا الاستثناء الى حرية التعاقدين المقررة أحيانا في اختيار طريقة الاثبات^(٣) ، ولكن يشترط أن لا يتعارض ذلك مع القواعد الآمرة في القانون الذي يحكم الموضوع . فتحدد

(١) فإذا أجاز هذا القانون الاثبات بالفرائن المادية اتبع ، وعلى العكس من ذلك إذا كان قانون القاضي هو الذي يبيح الاثبات بالفرائن المادية فلا يؤخذ به . قارن Weiss . ٦٥٣ . وعلى أية حال فمن المقرر وجوب احترام النظام العام في قانون القاضي .

(٢) ٣١ ديسمبر ١٩٠١ م . ت . م . ١٤٠ م . ٦٩ وقد أشار اليه أبو هيف بك . ٣٤٥ هذا وكثيرا ما أخذ القضاء بالقرينة التي ميناها أن الزوجة هي المالكة للمقتولات الموجودة في منزل الزوج . قارن أبو هيف بك ٣٤٦ حيث أشار الى القرينة الاقليمية المقررة في المادة ٣٧٤ ت . م . بالنسبة لزوجة المفلس وبعبارة أدق بالنسبة للعقارات التي اشترتها زوجة المفلس ودخولها في الروكية .

(٣) قارن *Survillé* . ٦٦٨ — ٦٦٩ وقارن حكم ٣٠ مايو ١٨٩٥ م . ت . م . ٧ . ٣١٣ . الذي قرر أن القاعدة كانت في القانون الايطالي قبل سن المجموعة المدنية في سنة ١٨٦٦ تقضى باختصاص رجال الدين بحفظ سجلات المواليد وكذلك الاقرارات المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية ، فالورقة التي تدل على أن الأم قد اعترفت بولدها غير الشرعي تتمتع بقوتها في الاثبات وفقا للتشريع الايطالي . وعكس ذلك *Valéry* ٧٥٦ إذ يقرر وجوب اتباع قانون الموضوع ما عدا شكل الاثبات فينبع فيه قانون المحل .

قوة الدليل السابق يخضع اذن لقانون الجهة التي تم فيها التصرف ، وقد رأينا فيما مضى أن القضاء الفرنسى أجاز الهبة الحاصلة بعقد عرفى فى الخارج متى تمت وفقا للشكل المحلى . ومن الجهة الأخرى ، اذا اشترط قانون الموضوع تحرير كتابة مشبته للتصرف اذا زاد قدره عن عشرة جنيهات مثلا ، واكتفى قانون الجهة التي تم فيها هذا التصرف بشهادة الشهود فيؤخذ بأحكام القانون الأخير فى الاثبات ، أى أن قاعدة Locus تغلب على الأخذ بقانون الموضوع فتبيح الاعفاء من الدليل الذى يتطلبه هذا الأخير . ويقول الكتاب تأييدا لما تقدم أن القاعدة الواردة فى قانون الموضوع مقصورة على التصرفات التي تتم فى داخل حدود الدولة لا خارجها فلا تتبع الأشخاص فى الخارج ولا تعطى اذن مزايا الأخذ بقاعدة Locus^(١) .

ومن المتفق عليه أنه اذا كان العقد العرفى محررا فى الخارج فيرجع الى قانون بلد تحريره لمعرفة ما اذا كان يعتبر حجة على الغير أو لا ، وذلك بغض النظر عن ضرورة اشتراط التاريخ الثابت وفقا للمادة ٢٢٨ / ١٣٢٨ م . ١٠ ف . لأن فى اكراه الأشخاص على اعطاء محرراتهم تاريخا ثابتا معناه تحميلهم بالشكاكين فى وقت واحد ، وهذا أمر غير مرغوب فيه^(٢) .

(٣) أن الاجراءات المتعلقة بالاثبات *ordinatoria litis* داخلية ضمن قواعد المرافعات فتخضع لقانون القاضى ، فكيفية سماع الشهود أو الاطلاع على السندات أو اجراءات الطعن بالتزوير ، أو استجواب الخصوم تتبع فيها القواعد المنصوص عليها فى هذا القانون .

ويحدث أحيانا أثناء نظر الدعوى أن يكون القاضى محتاجا فى سبيل تكوين اعتقاده لسماع شاهد موجود فى بلد أجنبى ، أو اجراء معاينة فى بلد آخر

(١) راجع مختصر دالوز . ٣٥٠ - ٣٥١ .

(٢) وقد دافع Pillet عن رأى آخر مؤداه أن المادة ١٣٢٨ عامة تنطبق على كل المحررات التي تقدم أمام المحاكم الفرنسية انظر مؤلفه . ٢٠٤ . ولكن القضاء الفرنسى يأخذ بالرأى الذى أشرنا اليه فى الصلب .

فكيف يمكن ذلك ؟ جرت العادة أن تطلب المحكمة الوطنية اجراء هذا العمل من المحكمة الأجنبية الموجود بدائرتها الشخص أو المكان السالف ذكرها ، ويحصل هذا الطلب بالطرق السياسية أى بوساطة وزارة الخارجية ، ومحاكم البلاد الأخرى تقوم بهذه الانابة القضائية^(١) من باب المجاملة المتبادلة ، الا اذا وجدت معاهدة قاضية بذلك فتقوم بها عن طريق الالتزام . ومما لا شك فيه أن المحكمة المصرية ليست ملزمة بالأخذ بنتائج الانابة ، ولو قال القانون الأجنبي بعكس ذلك . ونظر الأهمية الانابة القضائية نظمها اتفاقية لاهاى المعقودة فى ١٧ يولييه سنة ١٩٠٥ فلم تجزها فى الأحوال التى يكون تنفيذها مؤديا الى الاعتداء على سيادة الدولة أو الأمن فيها ، أو اذا كان موضوع الانابة غير داخل فى اختصاص السلطة القضائية فى الدولة الأجنبية ، وكذلك اذا كانت الوثيقة المتعلق بها موضوع الانابة ثابتة ثبوتاً رسمياً من أول الأمر^(٢) .

(١) ويطلق عليها باللغة الفرنسية *lettre ou commission rogatoire* . وفى إنجلترا وأمريكا يفضلون ارسال قاض أو موظف خاص للقيام باستجواب الشهود الموجودين فى البلد الأجنبي وكثيرا ما يحدث أن يكلفوا قناصلهم بالقيام بهذه المهمة . ولا شك أن فى هذا التصرف اعتداء على سلطان الدولة الأجنبية ، ولذلك أثار الاعتراض فى كثير من الأحيان . وعلى العموم فإن اتباع الطريقة الانجليزية غير منتج الا فى الأحوال التى يقبل فيها الشاهد الادلاء بمعلومات . انظر Clunet . ١٩٠٧ . ١٠٥٢ . والمجلة ١٩١١ . ١٩٨ . وظاهر أن الانابة القضائية أكثر تناسقا مع مبادئ القانون الدولى العام وبها ضمانات أكثر اذ الشهود مجبرون على الحضور ، ولذا ارتأت بعض التشريعات أن تنظم أحوال الانابة القضائية بنصوص خاصة كما هى الحال فى التشريع الهولندى ١٨٦١ والتشريع السويدى ١٨٩٩ . أما فى مصر فلا توجد نصوص تشريعية منظمة لهذه العملية وكل هذا لا ينفي احتمال الأخذ بها بالنسبة للمحاكم الأجنبية كما يؤخذ بها بالنسبة للمحاكم المصرية فى الداخل . قارن Sarville . ٦٧١ . وكتاب الأستاذ رياض ٢٥٦ حيث تجد اشارة لأحكام أخذت بالانابة القضائية مشترطة أن يكون موضوعها محددًا تحديداً دقيقا . Valéry . ٧٦٦ حيث يشير الى سلطة القناصل الفرنسيين فى بلاد الامتيازات .

(٢) وتجند نصوص الاتفاق منشورة فى مؤلف Weiss . ٦٥٥ — ٦٥٦ و Sarville

وعلى أية حال فانه يؤخذ بفكرة النظام العام أيضا في نطاق الاثبات بمعنى أنه لا يمكن أن تقبل أمام المحاكم الوطنية طريقة في الاثبات لا يقرها التشريع الوطني كالمبارزة القضائية مثلا^(١)، كما أنه يشترط في كل مستند أجنبي أن يكون مصدقا على الامضاءات فيه بالطرق العامة المعتادة حتى يمكن الأخذ به أمام المحاكم الوطنية .

٣٦٦ — فاذا صدر حكم من المحكمة المصرية ، فان القانون المصرى هو الذى يحدد الآثار المترتبة على هذا الحكم من حيث حجته ونفاذه . وقوة الحكم السالفة مقررمة بالنسبة لمنطوقة دون حيثياته طبقا للقواعد المقررة فى التشريع المصرى ، ويلزم اتباعها فى مصر دون غيرها ، وذلك بصرف النظر عن قانون جنسية الخصام الذى يقول بأن للأحكام قوة مطلقة . ولا يعنى ذلك مطلقا أن الأحكام المصرية تقف فى قوتها عند الحدود المصرية ، حتى اذا لم يكن للمحكوم ضده أموال فى مصر فانها تصبح عارية عن التنفيذ ، بل على العكس من ذلك فان الأحكام المصرية قد ترى التنفيذ فى الخارج أخذ بمبدأ احترام الحقوق المكتسبة ، وتحقيقا للعدالة وللتضامن الدولى . فمن المعقول اذن أن توضع عليها الصيغة التنفيذية وفقا لأحكام تشريع البلد المراد تنفيذها فيه ، كما أنه من الممكن على هذا الأساس تنفيذ الأحكام الأجنبية فى مصر ، وهذا ما سنعرض له حالا .

(١) انظر Valéry ٧٥٥ .

الفصل الثالث

في

آثار الأحكام والسندات الأجنبية

تمهيد

٣٦٧ — قد ترفع المنازعات ذات العنصر الأجنبي ، بصفة غير مباشرة الى المحاكم المصرية ، وذلك بعد صدور الحكم بشأنها من محكمة أجنبية تكون قد اختصت بنظرها بصفة مباشرة ، فما هي آثار الحكم الأجنبي في داخل الحدود المصرية ؟ أجابت عن ذلك المادتان ٤٦٨ مرافعات مختلط ، و ٤٠٧ مرافعات أهلى . الأولى ، بقولها « الأحكام الصادرة في البلاد الأجنبية من محاكم أجنبية تكون نافذة في الديار المصرية بمجرد صدور أمر من رئيس المحكمة بشرط التبادل » . والثانية في قولها « أحكام المحاكم الأجنبية تصير نافذة في مصر بنفس الشروط ومع مراعاة نفس الاجراءات المطلوبة في الأحوال المشابهة في قوانين البلاد التي صدرت بها تلك الأحكام » . والترجمة العربية الرسمية للنصين السالفين مملوءة بالأغلاط ، لذلك أخذنا الترجمة التي وضعها المرحوم أبوهيف بك ^(١) ،

(١) انظر مؤلفه ٣٩٣ و ٣٩٤ هامش (١) والنص الفرنسي محرو على الوجه الآتى :

Les jugements rendus à l'étranger, par un tribunal étranger, seront exécutoires en Egypte, sur simple ordonnance du président du tribunal à charge de réciprocité, 468. pr. M :

Les jugements des tribunaux étrangers seront rendus exécutoires en Egypte sous les mêmes conditions et avec les mêmes formalités qui sont exigées, dans les cas analogues, par les lois du pays où ces jugements ont été prononcés 407 Pr. In.

ونوجه الأنظار الى أن المصريح المصرى قد استفاد من النقد الذى وجه الى المصريح الفرنسى وموضوعه أن المادة ٥٤٦ . م . ف قررت أن الأحكام الصادرة في بلاد أجنبية الخ . ومعلوم أن الحكم قد يصدر أحيانا في بلد أجنبي ولكن من محكمة فرنسية كما هي الحال في بلاد =

وظاهر أن المادتين السائقتين لم تتعرضا إلا لتنفيذ الأحكام الأجنبية^(١)، ومن المعلوم أن الأحكام آثارا أخرى أهمها حجة الشيء المحكوم فيه، فهل تتمتع الأحكام الأجنبية بها أيضا^(٢) أو لا؟ كما أنه يوجد بجانب الأحكام الأجنبية السندات الأجنبية وكذلك أحكام لمحكين.

إزاء ما تقدم يجب تقسيم البحث هنا إلى قسمين. الأول خاص بتنفيذ الأحكام الأجنبية وما يلحق بها. والثاني خاص بالآثار الأخرى للأحكام الأجنبية وما يلحق بها.

ولما كانت مصر قد عقدت اتفاقات بشأن تنفيذ بعض الأحكام الأجنبية فإنه لا مناص من أفراد بحث خاص بهذا التنظيم الاتفاقي.

= الامتيازات أو بلاد الحماية أو اذا وجدت حالة الحرب من شأنها إيجاد محاكم فرنسية في البلاد المحتلة. فالثابت أن هذه الأحكام لا تعتبر أجنبية لمجرد صدورها في بلد أجنبي فلا داعي إذن لوضع الأمر بالتنفيذ عليها. إزاء ما تقدم أضاف المصريح المصري عبارة « محكمة أجنبية » فتفادى النقد السالف. راجع Valéry ٧٨٤.

(١) ولا شك في أن السماح بتنفيذ الأحكام الأجنبية متناقض مع سلطان الدولة وسيادتها، إذ أن الفصل في الحصومات من اختصاص المحاكم الوطنية دون غيرها فكيف يسمح بتنفيذ حكم أجنبي بأن تقرر له قوته خارج حدود البلد الذي صدر فيها. هذا هو المبدأ من الوجهة النظرية البحتة، أما من الوجهة العملية فإن الدول رأيت أن مصلحتها في الاعتراف بأحكام بعضها البعض بقيود وشروط خاصة يحددها تفرع كل دولة، فإذا فصلت محكمة أجنبية في نزاع فإنه لا داعي لإعادة النظر في النزاع من جديد. وهكذا تتداول الأحكام بين مختلف الدول، فالأحكام الوطنية تنفذ أحيانا في الخارج وكذلك فإن الأحكام الأجنبية تنفذ في الداخل احتراما لقوة الشيء المحكوم به وتقريرا للطمأنينة على المراكز القانونية المكتسبة قارن Messina ٢٠ . ١٢٨ — ١٣١ وقارن مختصر دالوز ٣٢٣ — ٣٢٦ حيث أشار إلى أهمية التضامن بين الدول في سبيل تحقيق العدالة وكذلك Valéry ٧٧٦ حيث أشار إلى مبدأ وجوب احترام الحقوق المكتسبة. ويقرر الأستاذ Bartin أن الاعتراف بآثار الحكم في خارج بلده أساسه إرادة المصريح في البلد الأجنبي لا قوة الحكم في ذاته، وأن التزام المصريح هذا إنما يقوم على أن دولته عضو في الجماعة الدولية. مؤلفه. ١ . ٤٦٢.

(٢) قارن Valéry ٧٧٧ وكذلك بعده.

المبحث الأول

في

تنفيذ الأحكام الأجنبية^(١) وما يلحق بها

٣٦٨ — ويجب أن نبدأ أولاً بتحديد معنى الحكم ثم نتكلم في تنفيذه بعد ذلك وهالك البيان :

الحكم ، على العموم ، عمل صادر من السلطة المختصة مظهر للحق المدعى به وواجب التنفيذ فيما يقضى به بالقوة الجبرية عند اللزوم^(٢) .
وبالتأمل في هذا التعريف يرى أنه يشترط في الحكم الأجنبي أن يكون له شكل الحكم^(٣) . ومحاكم بلد التنفيذ ، أى المحاكم المصرية هنا هي التي تفصل في ذلك لأن المسألة متعلقة بالتكييف .

كما يشترط أن يكون الحكم قضائياً أى صادراً من القاضى الأجنبي بناء على ولايته القضائية ، وفاصلاً في ادعاءات متضادة . فإذا كان الحكم صادراً بناء على ولايته الإدارية فإنه يعتبر حكماً من حيث الشكل فقط ، ولذلك قام الخلاف على امكان تنفيذه في الخارج . فقال الأستاذ Bartin بعدم امكان ذلك بناء على السبب السالف الذكر ، ولكن القضاء في فرنسا وفي مصر يخالفه ويبيح تنفيذها عن طريق اعطاء الأمر بالتنفيذ عليها *exequatur* في بعض الأحيان ، وفي البعض الآخر بدون حاجة الى وضع هذا الأمر . ويتلخص في فصل التفرقة في بحث ما اذا كان تنفيذ هذا الحكم محتاجاً الى عمل تنفيذي أولاً . فان كان الأول ،

(١) وهذه المسألة من الأهمية بمكان في العمل ، والأحكام بشأنها كثيرة ، ومع ذلك فانه من الصعب استخلاص المبادئ المتبعة في مصر بشأن تنفيذ الأحكام الأجنبية ، وذلك نظراً للصعوبات التي سنعالجها في هذا المبحث .

(٢) قارن هذا التعريف بما قرره الأستاذ Bartin . ١ . ٤٦٣ .

(٣) وهناك بعض تشريعات تعتبر الأحكام في مقام العقود كالتشريع الهولندي .

كالحكم الصادر بتسليم طفل ، أو أموال القاصر الموجودة في بلد أجنبي فلا بد من وضع أمر التنفيذ ، أما إذا اقتصر الأمر على مجرد التصريح لوصى بالنيابة عن القاصر أمام مجلس القضاء ، فإن مثل هذا الحكم يعمل بمقتضاه دون حاجة الى أمر بالتنفيذ . والخلاف السالف قائم بالنسبة للأحكام التمهيدية والتحضيرية والوقائية ^(١) .

ولقد اعتبر القضاء الأوامر على المرائض ملحقه بالأحكام وأجاز تنفيذها عن طريق وضع أمر بالتنفيذ عليها ^(٢) .

ويجب أن يكون الحكم الأجنبي صادرا من محاكم أجنبية تعتمد على سيادة أجنبية . ويتبين ذلك من مراجعة المادة ٦٨٤ مرافعات مختلط لأنها تشترط أن يكون الحكم صادرا من محكمة أجنبية في بلد أجنبي ، وعلى هذا الأساس لا تعتبر أحكام المحاكم القنصلية أحكاما أجنبية رغم صدورها باسم سلطان أجنبي !! لأنها ليست صادرة في الخارج بل صادرة في مصر بطريق الانابة *délégation* من الحاكم الشرعي للبلاد ^(٣) !! فتنفذ عن طريق وضع الصيغة التنفيذية عليها .

(١) والواقع أنه لا يمكن تصور طلب تنفيذ حكم في غير بلاده إذا كان هذا الحكم بطبيعته لا يقبل التنفيذ في بلده الأصلي كما هي الحال في غالبية الأحكام الصادرة بناء على الولاية الادارية وكذلك الأحكام الصادرة في مسائل الحالة والأهلية . قارن Valéry . ٧٨٥ حيث يقرر أن هذه الأحكام لا تقرر عادة الزاما *Condamnation* على أن الأستاذ يعترف بضرورة الأمر بالتنفيذ في الحالات التي يوجد فيها الزاما كما إذا كان الحكم يقضى بالمصاريف على أحد الطرفين أو ملزم برد أشياء داخلية في نطاق التركة مثلا . وهذا الرأي مأخوذ به في مصر : انظر ٣١ مارس ١٩٢٥ . م . ت . م . ٣٧ . ٣١٠ ومؤلف Messina . ٢ . ١٣٧ . ولا شك في أن تكليف الحكم لاعتباره قضائيا أو اداريا يرجع فيه لقانون القاضي وفقا للبادئ العامة . راجع Bartin . ١ . ٤٧٤ .

(٢) راجع حكم ٢٧ ابريل ١٩٣٣ . م . ت . م . ٤٦ . ٢٥٦ وتعلقنا عليه باللغة الفرنسية في مجلة القانون والاقتصاد . السنة الرابعة ٢٤٧ — ٢٥٣ .

(٣) قارن Messina . ٢ . ١٣٩ حيث يقرر ضرورة اتباع هذا المسلك لأتقنا لو اعتبرنا أحكام المحاكم القنصلية كأنها أحكام أجنبية !! فإن القول بذلك يتناق مع تقرير هذه القوة =

من قلم كتاب المحكمة المختلطة .

كما لا تعتبر أيضا الأحكام الاستثنائية لأحكام المحاكم القنصلية أحكاما أجنبية بالمعنى السالف وإن كانت صادرة من محاكم موجودة في الخارج (محكمة إكس بفرنسا وانكونا بإيطاليا الخ) . وعلى عكس ما تقدم فإن الأحكام السودانية تعتبر أحكاما أجنبية بعد انفصال مصر عن السودان باتفاقية سنة ١٨٩٩ ، وتأكيذا لذلك عقدت مصر اتفاقا مع السودان في سنة ١٩٠٢ خاصا بتنفيذ الأحكام المصرية في السودان .

وتعتبر أحكام المحاكم المختلطة أحكاما أجنبية في البلاد الأجنبية وذلك

= التنفيذية لها . ولكن مع ذلك فقد وجد من قال بالرأى العكسى ومنهم *Laonanna* في مقاله المنشور في الجازيت ١٩١٢ . ١٣٦ . وأساس هذا الرأى أن الأحكام القنصلية قد تتنافى مع النظام العام المصرى فلا يمكن السماح بتنفيذها على الأراضى المصرية رغم هذه المناقاة . ونحن نؤيد هذا الرأى ونضيف الى حجة أن هذه الأحكام القنصلية تصدر باسم صاحب السلطان الأجنبى فلا مناص اذن من اعتبارها أحكاما أجنبية ولا بد أن تعامل نفس المعاملة . ولكن يمنع من الأخذ بهذا الرأى أن المشرع المصرى استلزم صدور الحكم الأجنبى في بلد أجنبى أما هنا فالحكم صادر في مصر وهذه هي العلة في عدم نجاح الرأى الذى نؤيده ، ويرى الأستاذ *Messina* ضرورة تنفيذ الأحكام القنصلية احتراماً لأحكام الامتيازات . راجع مؤلفه . ٢ . ١٤٠ هامش (١) وحكم ٣ ابريل ١٩١٢ . ٢٤ . ٢٤٩ . والمواد ١١٧ — ١٢١ من لائحة ترتيب المحاكم المختلطة . والواقع أنه يمكن القول بأن اختصاص المحاكم القنصلية أساسه قواعد الاختصاص العام المصرية .

ويقرر الأستاذ *Messina* ضرورة اتباع المبادئ السالفة بالنسبة لأحكام المجالس الطائفية لغير المسلمين ولا نرى محلا للتشبيه لأن هذه المجالس مصرية قبل كل شيء ، قارن مؤلفه . ١٤٣ . ٢

وعلى العكس مما تقدم فإن أحكام هذه المجالس تعتبر أحكاما أجنبية في الخارج اذا ما أريد تنفيذها في بلد أجنبى ، فصدورها من هيئة ذات صبغة دينية لا يمنع من تنفيذها ما دامت واجبة التنفيذ في بلدها الأصلية راجع *Bartin* . ١ . ٤٦٨ حيث أشار للأحكام التى كانت تصدرها بعض هذه الهيئات في روسيا القديمة .

رغم وجود قضاة يمثلون تلك البلاد فيها ، ورغم صيغتها الدولية ^(١) .
كما يشترط في النهاية أن يكون الحكم فاصلا في نزاع متعلق بالقانون
الخاص لا القانون العام ^(٢) . فإذا كان الحكم الأجنبي قاضيا بغرامة كمقوبة
جنائية أو مالية فإنه لا ينفذ في مصر لما في ذلك من اعتداء على سيادة البلاد ^(٣) .

(١) قارن Valéry . ٧٨٥ الذي يقرر أن أحكام المحاكم المختلطة في مصر تعتبر أحكاما
أجنبية فلا بد من الحصول على أمر بالتنفيذ لتمكن تنفيذها في فرنسا . وحجته في ذلك أن هذه
الأحكام وأشباهاها لم تصدر باسم صاحب السلطان في فرنسا أي باسم الشعب الفرنسي . وراجع
أيضا Bartin . ٤٦٤ — ٤٦٥ حيث أشار الى احتمال تشبيه أحكام المحاكم المختلطة بأحكام
الدول المتعاهدة مع فرنسا بمعاهدات خاصة بتنفيذ أحكامها traité de juridiction انظر نفس
المؤلف ٥٢٩ — ٥٤٣ . هذا وقد زعم البعض أن الأحكام الصادرة من محاكم الدول
صاحبات الامتياز تنفذ في مصر دون حاجة لوضع الأمر بالتنفيذ عليها لأن هذه الدول وقد
ضمنت لرعاياها معاملة خاصة بموجب معاهدات الامتيازات فلا يعقل مطلقا أن تهمل القيود
الواردة في المادة ٤٦٨ م . م على أن هذا الرأي لم يصادف نجاحا في العمل فتطبق المادة
على كل الأحكام الأجنبية دون تمييز فيها قارن ١٧ ديسمبر ١٨٩٦ . ٩ . ٨٥ .

(٢) ولا يهم وصف الهيئة الصادر منها الحكم فقد توصف هذه الهيئة حسب التشريع
الأجنبي بأنها هيئة إدارية ، وكذلك قد يصدر الحكم من المحاكم الجنائية عند فصلها بطريقة
تبعية في دعوى المدعى المدني ، فلا مانع إذن من تنفيذ هذا الحكم في شطره المدني . قارن
Bartin . ١ . ٤٧٧ — ٤٨٦ . ما دام الحكم فاصلا في نزاع خاص .

(٣) ويلاحظ أن وجود الامتيازات يعطل كثيرا من هذا الشرط إذ الأحكام الفصلية
الصادرة في مثل هذه الموضوعات تنفذ بمجرد وضع الصيغة التنفيذية عليها وبدون أية رقابة في
مصر وفي الخارج . أما إذا كان الحكم الصادر بغرامة مالية أصدرته محكمة خارج مصر فإنه
لا ينفذ في مصر ولو كانت الدولة الصادر من محاكمها الحكم من الدول صاحبات الامتياز ، ولا
شك في غرابة هذا المركز !!

وغنى عن البيان أنه إذا صدر حكم مماثل من محاكم دولة غير ممتازة فلا محل مطلقا لتنفيذه
في مصر ، فإذا توفي أحد رعايا دولة تشيكوسلوفاكيا في مصر تاركا ثروة متقولة ، وأرادت
قنصليته أن تضع يدها على هذه الثروة رغبة منها في تحصيل ضريبة الميراث وذلك عن طريق
تعيين حارس قضائي على هذه التركة بمقتضى حكم صادر من محكمة تشيكوسلوفاكية فإن هذا
الحكم لا ينفذ في مصر لأنه يقصد به في الواقع تحصيل الضريبة المالية ، أي أنه صادر في مسألة
متعلقة بالقانون العام . وهذا ما قضت به محكمة مصر المختلطة في حكم أخير منشور في Clunet .

٣٦٩ — فإذا ثبت وجود الصفات المتقدمة في الحكم الأجنبي ، فإنه يصح تنفيذه ، وذلك عن طريق وضع الأمر بالتنفيذ عليه .

ولا يمكن وضع الأمر بالتنفيذ في مصر على الحكم الأجنبي الا بشرط التبادل . وتحقق هذا الشرط وحده غير كاف ، اذ لا بد من توافر شروط أخرى في ذاتية الحكم . وتعتبر الشروط الأخيرة أقل ما يمكن minimum أن يشترط للسماح بتنفيذ الأحكام الأجنبية ، وتوفرها وحدها لا يكفي للسماح بالتنفيذ بل يلزم أن يكون وجودها مقارنا لوجود التبادل . ولما كان تحديد معنى التبادل عسيرا رأينا أن نبداً أولاً ببيان هذه الشروط اللازمة دائماً لوضع الأمر بالتنفيذ ، والتي لا يغنى عنها التبادل كما أنها لا تغنى بدورها عنه ، ونلخصها فيما يلي :

أولاً : أن يكون الحكم الأجنبي واجب التنفيذ في بلاده : اذ ليس من المعقول أن ينفذ الحكم في مصر بينما يكون عاطلاً عن التنفيذ في بلده الأصلي ، لهذا كان من اللازم بحسب الأصل أن يكون الحكم نهائياً ، فان كان الحكم قابلاً للطعن باحدى الطرق العادية فإنه لا ينفذ ، بخلاف ما اذا كان قابلاً للطعن باحدى الطرق غير العادية . ولكن يحصل أحياناً أن تجيز بعض التشريعات تنفيذ الحكم القابل للطعن باحدى الطرق العادية فهل يمكن في هذه الحالة تنفيذه في مصر ؟ ترفض المحاكم المختلطة عادة اعطاء الأمر بالتنفيذ في هذه الحالة ، كما ترفضه أيضاً في حالة ما اذا كان الحكم الابتدائي مشمولاً بالنفاذ المعجل ، كل ذلك رغبة منها في التحرز ضد المفاجئات واحتمال تعديل الحكم^(١) .

(١) قارن مع ذلك ١٣ نوفمبر ١٨٨٩ م . ت . م . ٢٠ . ٩ وقضى بجواز التنفيذ . على أن رفض هذا الطلب لا يمنع مطلقاً من أن السماح بتنفيذ الحكم الأجنبي أساسه في الواقع التشبيه بينه وبين الحكم الوطني في المعاملة ، وقد يبيح التفسير الوطني تنفيذ الأحكام الابتدائية المشمولة بالنفاذ المعجل . فالمحاكم التي تأخذ بالرأى العكسي لا تقول اذن بالتشبيه الكامل بين الحكم الأجنبي والحكم الوطني راجع حكم محكمة اسكندرية المختلطة ٣٠ يونيو ١٩٢١ . مجازيت . ٣٢ . ٤٠ و ٢٣ . ١٩٠٧ . ١٩ . ٢٧٥ . والأحكام الأخرى التي أشرنا إليها في مقالنا . ٢٥١ هامش (١) ومؤلف Messina . ٢ . ١٤٥ — ١٤٧ والأحكام التي أشار إليها .

على أن جانباً كبيراً من رجال الفقه يبيح إعطاء الأمر بالتنفيذ في هذه الأحوال ، حتى إذا تعدل الحكم الابتدائي جاز استصدار أمر بالتنفيذ معادل للأمر الأول^(١).

ثانياً — أن يكون الحكم صادراً من محكمة مختصة : وتحديد الاختصاص هنا مرجعه القانون المصري ، أى أنه يجب أن تقر قواعد الاختصاص العام غير المباشر المصرية المحكمة الأجنبية على اختصاصها ، فلا يكفي أن تكون هذه المحكمة مختصة وفقاً لتشريعها الخاص بها^(٢) . وتطبيقاً على ذلك رفضت المحاكم المختلطة اعتبار المحاكم الفرنسية مختصة عملاً بالمادة ١٤ مدني فرنسي التي تجيز للمدعى أن يرفع دعواه على الأجنبي أمام المحاكم الفرنسية في أية جهة كان هذا الأجنبي ، ومع ذلك فهناك أحكام مختلطة أخرى اكتفت بأن تكون المحكمة الأجنبية مختصة وفقاً لتشريعها^(٣) . وعلى أية حال فالرأى الأول هو

(١) قارن *Bartin* . ١ . ٥٨٩ وما بعدها حيث يبين المضار والتعقيدات والخلافات التي نشأت عن السماح بتنفيذ هذا النوع من الأحكام .

(٢) ويترتب على ذلك أنه في كل مرة تكون المحاكم المصرية هي المختصة بموجب قواعد الاختصاص العام المصرية فإن المحكمة الأجنبية لا تعتبر مختصة لأن الاعتراف باختصاص هذه الأخيرة معناه الاعتداء على السيادة القضائية المصرية ، أو بعبارة أخرى فإن قواعد الاختصاص العام المصرية المباشرة تحوى من طريق عكسي قواعد الاختصاص العام المصرية غير المباشرة إذ أن اختصاص المحاكم الأجنبية يتحدد بالأحوال التي لا تختص فيها المحاكم المصرية خصوصاً إذا لاحظنا أن اختصاص المحاكم المختلطة قد تمحدد بموجب اتفاقات دولية . وبهذه المناسبة نشير إلى أن مواد الاختصاص العام في أية دولة يمكن أن تقيد بموجب المعاهدات الدولية التي تعقد بشأن تنفيذ الأحكام الأجنبية قارن *Bartin* . ١ . ٥٤٨ — ٥٦٤ . كما أنها تقيد أيضاً بخضوع صاحب المصلحة للمحاكم الأجنبية ولو أنها في الأصل غير مختصة بالنسبة لها . نفس المرجع ٥٥٦ وقارن ١٧ ديسمبر ١٨٩٦ . م . ت . م . ٩٠ . ٨٣ .

(٣) راجع بحثنا السابق الإشارة إليه ٢٥١ وكذلك ٢٠ ديسمبر ١٩٢٣ . م . ت . م . ٣٦ . ١٠١ حيث اعترف للاختصاص للمحاكم الإيطالية باعتبارها محكمة محل العقد مع أن مصر هي بلد التنفيذ . وانظر أيضاً ١٨ يناير ١٩٢٣ . م . ت . م . ٣٥ . ١٥٨ . والواقع أن بعض الأحكام المختلطة يميل إلى الاعتراف بوجود اختصاص مشترك بينه وبين المحاكم الأجنبية إذا قضت بذلك المبادئ العامة في الاختصاص العام .

الأوفق ، وذلك لأن قواعد الاختصاص العام متعلقة بالسيادة ، فلا يمكن السماح بتنفيذ حكم صادر من محكمة أجنبية مع أنها لا تملك الاختصاص بشأنه ^(١) .

فإذا ثبت الاختصاص على الوجه السالف ، فهل يشترط أيضا التحقق من الاختصاص الخاص ؟ لا شك في أن التحقق من الاختصاص الخاص انما يتم وفقا للقانون الأجنبي لأن المسألة متعلقة بالمرافعات فتخضع لقانون القاضى . وقد حكمت المحاكم المختلطة بأن الحكم الصادر من محكمة غير مختصة من الوجهة الخاصة يمكن تنفيذه في مصر لأن الدفع بعدم الاختصاص كان من الممكن تقديمه أمام المحكمة الأجنبية ، ولكنها استثنت حالة ما اذا كان الحكم غيايبا ^(٢) .

ثالثا — أن تكون الاجراءات السابقة على الحكم صحيحة : وتقدير صحة هذه الاجراءات يرجع فيه الى القانون الأجنبي ، فشكل اعلان الدعوى يرجع في صحته الى هذا القانون ، بخلاف البيانات الموضوعية التي تحويها صحيفة الدعوى فيرجع فيها للقانون الذى يحكم العلاقة القانونية موضوعيا . ولا يشترط في الحكم أن يكون مسببا اذا كان قانون المحكمة الأجنبية لا يستلزم ذلك ، ويصح أن يكون غيايبا بشرط أن يرد فيه ما يدل على ذلك ، مع التقرير بمحصول الاعلان على الوجه الصحيح منعا للغش والتواطؤ واحتراما لحرية الدفاع . فالحكم الصادر بناء على أعمال غش صدرت من المدعى أو من غيره لا يمكن السماح بتنفيذه ^(٣) . وعلى أية حال فانه يشترط تقديم نسخة الحكم الأصلية أو

(١) ويعترف عادة لهذه المحاكم بالاختصاص اذا ما كان النزاع بين أجنبى ، ولكن يصعب الاعتراف لها بالاختصاص اذا كان أحد الطرفين وطنيا ، اذ يغلب هنا أن يكون الاختصاص العام للمحاكم الوطنية ومعنى ذلك كما رأينا استبعاد اختصاص المحاكم الأجنبية في داخل القيود التى أشرنا اليها .

(٢) انظر . أبو هيف بك ٤٠٥ والأحكام التى أشار اليها . وقارن ذلك بالرأى الذى قال به الدكتور الزينى في مذكراته . ١٢٤ .

(٣) ويعتبر البعض هذا الحكم مخالفا للنظام العام في هذه الأحوال الأخيرة ٢٧ ابريل ١٩١١ . ٢٣ . ٢٨٩ . قارن أبو هيف بك ٤٠٠ هامش (١٥) وكذلك الزينى ، مذكرات . ١٣٠ — ١٣٢ .

صورة رسمية له على الأقل^(١) .

رابعا — أن يكون الحكم قد طبق القانون المختص : وهذا الشرط على خلاف الشروط السابقة متعلق بالموضوع ، فكما أنه لا يكفي أن يكون القاضى الأجنبى مختصا وفقا لقانونه^(٢) فقط يجب أيضا أن يكون قد طبق على النزاع نفس القانون الذى تقول به قواعد تنازع القوانين المصرية ، فالعلاقة وثيقة بين قواعد الاختصاص العام وقواعد تنازع القوانين^(٣) . فإذا كانت قواعد تنازع القوانين واحدة فى البلدين فلا صعوبة ، أما إذا كانت مختلفة وطبق القاضى الأجنبى القانون الذى تقول به قواعد تنازع القوانين الأجنبية فلا يمكن تنفيذ حكمه فى مصر لما يكون فى ذلك من اعتداء على سيادة الدولة بتنفيذ حكم مفروض عدم عدالته لتطبيقه قانونا يخالف ما تقول به قواعد الاسناد المصرية .

خامسا — أن لا يكون الحكم الأجنبى مخالفا للنظام العام فى مصر : اذ يحصل أحيانا أنه رغم توافر الاختصاص للقاضى الأجنبى وتطبيقه للقانون الذى تقول به قواعد تنازع القوانين المصرية ، أن يأتى حكمه مخالفا للنظام العام فى

(١) راجع مسينا . ٢ . ١٤٣ . حيث أشار الى حكم صادر فى ١٥ يونيه ١٩٢١ م . ت . م . ٣٣ . ٤٠٠ وفيه اعترض على تنفيذ حكم انجليزى صادر من المحكمة العليا بدعوى أنه مختصر فى منطوقه ، ولكن محكمة الاستئناف رفضت الأخذ بهذا الدفع مقرررة أن تحريره على هذا الشكل خاضع للقانون الانجليزى وفقا لقاعدة Locus .

(٢) انظر مع ذلك أخيرا ٢٠ ديسمبر ١٩٣٤ م . ت . م . ٤٧ . ٧١ وقد اكتفى بالاختصاص وفقا لقانون المحكمة التى أصدرت الحكم وعكس ذلك ١٠ يناير ١٩٢٤ م . ت . م . ٢٦ . ١٤٣ .

(٣) قارن Bartin . ١ . ٥٧٣ وعلى الأخص ٥٧٨ حيث يشير الى أن مراقبة استيفاء هذا الشرط من شأنها أن تعطى القاضى الفرنسى الحق فى تكييف موضوع النزاع وفقا للقانون الفرنسى . وكذلك يستلزم الأستاذ ضرورة مراعاة أحكام قواعد تنازع القوانين الفرنسية فى حالة تنازع القوانين المتغير *Conflit mobile* أى تتبع نفس القواعد التى يقول بها القضاء فى فرنسا نفس المرجع ٥٨٠ .

مصر^(١) . ومن المعلوم أن تطبيق القانون الأجنبي في مصر بمعرفة المحاكم المصرية مقيد بعدم مخالفته للنظام العام المصري ، وتطبيقا على ذلك إذا تعاقد شخصان أحدهما مصرى على استيراد أسلحة في مصر خفية وعلى أن تكون هذه العلاقة محكومة بقانون أجنبي اختاره المتعاقدان ، من شأنه أن يعتبر هذا الاتفاق مشروعاً فإن صدور حكم من محكمة أجنبية بالزام أحدهما بدفع مبالغ معينة نظير الاستيراد لا يمكن تنفيذه في مصر ، وذلك لأن الإلزام الذي يقول به مخالف للنظام العام في مصر رغم تطبيق قانون تجهيزه قواعد الاسناد المصرية . كما أنه لو كان هذا النزاع قد رفع بطريقة مباشرة أمام المحاكم المصرية لقضت ببطلان الاتفاق احتراماً للنظام العام المصري . وقررت المحاكم المختلطة أيضاً أنه يعتبر مخالفاً للنظام العام تنفيذ حكم أجنبي يتعارض مع حكم مصري سابق عليه^(٢) ، كما اعتبرت أيضاً أن الحكم الصادر باسم ملك الدولة المحتلة غير قابل للتنفيذ للسبب عينه . وظاهر أن هذا الحكم لا يعتبر أجنياً بالمعنى الذي قدمناه إذ أنه ليس صادراً باسم صاحب السلطان الشرعى فلا يمكن تنفيذه من أول الأمر ، فلا داعى هنا للاستعانة بفكرة النظام العام^(٣) .

ويجب الرجوع الى التاريخ المطلوب فيه تنفيذ الحكم لا الى تاريخ صدوره

(١) فالحكم الصادر من محكمة المانية بالزام والد بدفع نفقة لولده الطيعى لا ينفذ لمخالفته للنظام العام ٤ يونيو سنة ١٩٣٤ جازيت ٢٤ — ٣٤٢ وكذلك ١٠ فبراير ١٩٢٤ . م . ت . م . ٣٦٠ . ١٤٣ وهو خاص بتنفيذ الأحكام الفرنسية في مصر وقرر وجوب مراجعتها من حيث الموضوع . .

(٢) مسينا ٢٠ . ١٤٩ وحكم ٢٧ يناير ١٨٩٥ . م . ت . م . ١٠ . ١١٧ وكذلك ٢٧ مايو ١٩٠٥ . م . ت . م . ١٨ . ٣٣٨ وأبو هيف بك ٤٠١ والأحكام التى أشار إليها هامش (١٧) وكذلك الأستاذ الزينى فى مذكراته ١٢٦ — ١٢٧ . Pillet-Niboyet . ١٣٣ .

(٣) انظر أبو هيف بك ٤٠٣ والأحكام التى أشار إليها وهى حكم محكمة المنصورة الابتدائية ٢٢ يونيو ١٩١٣ . جازيت ٣ . ١٧٧ وحكم محكمة اسكندرية ١٥ سبتمبر ١٩١٣ . جازيت ٣ . ٢٢٤ .

لمعرفة ما اذا كان مخالفا للنظام العام أولا^(١). وقد اعتبرت المحاكم الفرنسية والانجليزية أن الحكم الأجنبي يعتبر مخالفا للنظام العام اذا لم تحترم فيه حرية الدفاع. وكذلك تعطى المحاكم نفسها حق مراجعة الحكم برمته أى حيثياته ومنطوقه، للوقوف على ما يكون فيها مخالفا للنظام العام، وبناء على ذلك رفضت المحاكم الفرنسية اعطاء الأمر بالتنفيذ لحكم أجنبي حوى فى حيثياته طعنا وتشهيرا بالفرنسيات^(٢).

٣٧٠ — ولكن على من يقع عبء اثبات توفر الشروط الخارجية المتقدمة؟ اختلفت فى ذلك الآراء، والراجح أن على طالب التنفيذ أن يثبت توفرها، لأن الحكم الأجنبي فى ذاته ليس له أى أثر فى مصر قبل الحصول على الأمر بالتنفيذ، فطلب هذا الأمر يقصد به ادخال تغيير على الحالة السابقة Statu quo ante فيتحمل الطالب عبء اثبات الحالة الجديدة.

٣٧١ — وتقرر المادة ٤٦٨ م.م أن رئيس المحكمة الابتدائية هو المختص بمنح الأمر بالتنفيذ. والحكم الوارد فى هذه المادة مخالف لما هو متبع فى التشريعات التى نقل عنها المشرع المصرى تشريعه، إذ أن الاختصاص مقرر فى فرنسا للمحكمة الابتدائية، وفى ايطاليا يطلب الأمر بالتنفيذ من احدى محاكم الاستئناف.

وما قدمنا خاص بالاختصاص الموضوعى، أما بالنسبة للاختصاص المركزى، فقد قام الخلاف حول تعيين المحكمة التى يرفع الى رئيسها الطاب، وهل هى محكمة محل المدعى عليه أو محكمة جهة التنفيذ أو محكمة محل اقامة المدعى. ويقول رأى الغالب برفع الطلب الى محكمة محل اقامة المدعى عليه، فان لم يكن

(١) انظر Pillet-Niboyet . ١٣٥ والأحكام التى أشار إليها فى نبذة ٨٣٦ .

(٢) والحكم صادر من محكمة المانية ورفض تنفيذه فى فرنسا بمقتضى حكم محكمة السين الصادر فى ٢٣ نوفمبر ١٩٢٢ . Clunet . ١٩٢٣ . ٢٩٥ ولكن هل يمكن أن يعتبر الحكم الأجنبي مخالفا للنظام العام بدعوى أن القاضى الأجنبي لم يحكم على وجه عادل ؟ انظر Pillet-Niboyet . ١٣٦ .

له محل إقامة فيقدم الطلب الى محكمة جهة التنفيذ .
 أما الاجراءات الواجبة الاتباع فهي اجراءات الأوامر على العرائض .
 وهذا هو الطريق الولائي . فيمكن اذن التظلم للأمر أو للمحكمة حسبما هو مقرر
 في قانون المرافعات . وليس هناك ما يمنع من رفع دعوى معتادة بطلب تنفيذ الحكم
 الأجنبي ، وهذا هو الطريق القضائي ^(١) . وفي هذه الحالة الأخيرة يصح رفع
 استئناف عن الحكم الصادر اذا كان المبلغ المحكوم به داخلا في نصاب الاستئناف ،
 كما أنه ليس هناك ما يمنع من أن يرفع صاحب الحكم الأجنبي دعوى بحقه من
 جديد ، يستند فيها على الحكم الأجنبي كدليل يؤيد به دعواه ، فاذا صدر حكم
 في هذه الحالة لمصلحته فانه ينفذ ، ولكن التنفيذ هنا مقرر للحكم المصري لا للحكم
 الأجنبي . ويتحقق هذا الفرض السالف عملا اذا كان صاحب الحكم الأجنبي
 متشككا في استيفاء الشروط الخارجية السابقة .

٣٧٢ — فاذا انتقلنا الى التشريع الأهلي وجدنا أن المادة ٤٠٧ م. ١ .
 قد سكتت عن بيان السلطة التي يرفع اليها طلب الأمر بالتنفيذ ، لذلك قام
 الخلاف بشأنها . فقال المرحوم أبو هيف بك ^(٢) باعطاء الاختصاص للمحكمة
 الكلية لا للقاضي الجزئي ولا لرئيس المحكمة ، وخالفه في ذلك الدكتور الزيني
 فقال بالاختصاص لرئيس المحكمة الابتدائية في نفس الوقت . وقد أدلى كل منهما
 بحججه في الموضوع ، وفي اعتقادي أن رأي الدكتور الزيني ^(٣) هو الأصوب

(١) انظر ٢٧ يناير ١٨٩٨ م . ت . م . ١٠ . ١١٦ و ٢ مايو ١٩١١ م .

ت . م . ١٣ . ٢٧٩ و ٢٧ أبريل ١٩٣٣ جازيت . ٢٤ . ٣٤٦ .

(٢) راجع أبو هيف بك في كتاب « التنفيذ » . ٤٨ — ٤٩ ويعتمد في ذلك على أن
 طلب الأمر بالتنفيذ غير مقدر القيمة (المادة ٣٠ مرافعات أهلي) وأن المشرع قد سكت عن
 بيان السلطة المختصة باعطاء الأمر بالتنفيذ ولذا تكون جهة الاختصاص هي المحكمة الكلية
 باعتبارها المحكمة العامة التي تختص بكل مالم ينص عليه القانون .

(٣) راجع مذكراته ١٠٦ — ١٠٨ حيث يقرر أن دعوى طلب الأمر بالتنفيذ تتحدد
 بقدر ما حكم به ، وكذلك لأنه يحصل كثيرا أن يقضى شرط التبادل بالسماح بتنفيذ الحكم
 الأجنبي دون حاجة لمراجعة موضوعه فما هي الفائدة في هذه الحالة من الرجوع الى المحكمة
 عن طريق رفع الدعوى ؟ واستند الأستاذ في النهاية على المادة ١٢٧/١٣٠ م. ١٠ م. =

وقد أخذت به معاهدة تنفيذ الأحكام بين مصر وفلسطين سنة ١٩٢٨ في المادة الثالثة فقرة أولى فنصت صراحة على اختصاص رئيس المحكمة الابتدائية الأهلية والمختلطة باعطاء الأمر بالتنفيذ . ويستصدر هذا الأمر في صيغة الأوامر التي تحرر على عرائض الخصوم .

٣٧٣ — فإذا تمت اجراءات طلب الأمر بالتنفيذ صحيحة ، واستوفى الحكم الشروط الخارجية السابقة ، فهل تلتزم السلطة المرفوع اليها الطلب باجابهته وأن لها الحق في رفضه ؟ اذا رجعنا الى النصوص المصرية وجدنا أنها تجعل منح الأمر بالتنفيذ معقودا بوجود التبادل ، رغم توفر الشروط السابقة ، فان تحققت المحكمة من وجوده فعليها أن تمنح الأمر بالتنفيذ والا رفضته .

فما هو المقصود بنظام التبادل ؟ لم يأخذ المشرع المصري نظام التبادل عن المشرع الفرنسي ، بل نقله كما هو ظاهر عن التشريع الألماني القديم^(١) . وقبل أن أفسر معناه ونطاقه أرى أنه قد يكون من الأوفق أن أدلى ببعض بيانات عن النظام المتبع في فرنسا وقت وضع النصوص المصرية .

كان في فرنسا اذ ذاك خلاف كبير حول تنفيذ الأحكام الأجنبية ، اذ قال البعض بأنه ليس للمحكمة المطلوب منها منح الأمر بالتنفيذ سوى سلطة مراقبة توفر الشروط الخارجية السابقة ، وعرف هذا النظام باسم نظام المراقبة *systeme de contrôle* ، ومقتضاه أن لا يفحص الحكم من حيث الوقائع التي اعتمدها . وبذلك تقرب سلطة الجهة المختصة كثيرا من سلطة محكمة النقض بالنسبة للوقائع . وزعم مؤيدوا هذا الرأي أنه اذا أبيضحت مراجعة الوقائع فأننا لا نكون في الحقيقة أمام طلب أمر بالتنفيذ وإنما أمام دعوى مباشرة *action directe*

= التي تقرر أنه « في الأحوال التي يكون للنجم فيها وجه في طلب صدور أمر *demandar une ordonnance* يقدم عريضة بذلك الى رئيس المحكمة أو قاضي الأمور الوقفية » للقول بأن المشرع وجد في هذا النص الكفاية ولم يجد داعيا للتكرار في المادة ٤٠٧ من ١ .

(١) وقد أخذت به أقلية التشريعات الأوروبية الأخرى .

مرفوعة على أساس الحكم كما هي الحال في إنجلترا^(١). هذا من جهة ، ومن الجهة الأخرى فإنه من اللازم احترام الحقوق المكتسبة ، والقول بضرورة مراجعة الوقائع من جديد لا يتفق مع هذا الاحترام الواجب في شيء^(٢).

ومن الأحكام ما ذهب إلى ضرورة التمييز بين الأحكام الأجنبية التي تصدر ضد الفرنسيين أو ضد الأجانب ، فتصح في الحالة الأولى مراجعة الوقائع ، أما في الحالة الثانية فيكتفى فقط بمراقبة توفر الشروط الخارجية السابقة . ولم يصادف هذا الرأي نجاحا وسقط سقوطا نهائيا^(٣).

أما الرأي الذي سارت عليه أغلبية الأحكام فيقول بمراجعة وقائع الحكم أي يشير باتباع النظام المعروف باسم *systeme de la révision*. وذلك خوفا من تأييد ظلم قال به الحكم الأجنبي^(٤). ويرى الأستاذ *Bartin*^(٥) أن المحاكم الفرنسية حتى في الأحوال التي أخذت فيها بنظام المراقبة كانت تعطي لنفسها سلطة فعلية في مراقبة الوقائع تقرب كثيرا من السلطة التي يقررها نظام المراجعة^(٦).

(١) ويطلقون عليها في إنجلترا *on the judgement* قارن *Dicey* ، ٤٤ ، وموسوعات القانون الدولي بحث الأستاذ *Paul Goulé*.

(٢) قارن بحثنا في تنفيذ الأحكام الأجنبية في مصر وعلى الأخص الأحكام الإيطالية وهو منشور باللغة الفرنسية في مجلة القانون والاقتصاد السنة الرابعة . ٢٤٩ — ٢٥٠ .

(٣) قارن *Pillet-Niboyet* ٩٤٧ وكذلك ٩٣٧ وانظر أيضا *Aubry et Rau* حيث تجد تأييدا لهذا المذهب . ١٢ . ٧٦٩ .

(٤) ويلاحظ أن النتائج التي تنتهي إليها المحكمة الفرنسية لا تعدى اتباع أحد الحلول الآتية : (١) إعطاء الأمر بالتنفيذ (ب) رفضه (ج) إعطاء الأمر بطريقة جزئية (د) تعديل منطوق الحكم بطريقة كلية وإصدار حكم مخالف عن الحكم الأجنبي . راجع *Pillet-Niboyet* ٩٤٣ وما بعدها . حيث يقرر أن نظام المراجعة مخالف لما كان متبعاً في فرنسا قبل مجموعة ناپليون .

(٥) راجع مؤلفه . ١ . ٥٩٦ وما بعدها .

(٦) ويقول الأستاذ *Niboyet* ٩٤٥ أن نظام المراقبة غير المحدود *Contrôle illimité* هو الأولى بالاعتبار ، وقد رأينا أن الأستاذ *Bartin* يصفه بأنه نظام مراجعة في الواقع .

٣٧٤ — هذا هو محور الخلاف الذى كان سائدا فى فرنسا ، وظاهر أن المشرع المصرى لم يتبع أحد النظامين السالفين بل قرر أن الأحكام الأجنبية يمكن تنفيذها فى مصر بشرط التبادل ، أى أن هذه الأحكام الأجنبية تعامل فى مصر من حيث تنفيذها نفس المعاملة التى تعامل بها الأحكام المصرية فى البلاد الأجنبية اذا فرض أنها صدرت فى نفس الظروف ، وهذا هو معنى التبادل .

فاذا كان تشريع البلد الأجنبى لا يجيز تنفيذ الحكم المصرى الا بعد رفع دعوى بالموضوع الأصيل الذى شمله الحكم كما هى الحال فى السويد والنرويج ، فلا بد أيضا من رفع دعوى أصلية بهذا الحكم الأجنبى فى مصر وما ينفذ فى هذه الحالة هو الحكم المصرى الذى يصدر فى النزاع . واذا كان تشريع البلد الأجنبى يجيز رفع دعوى على أساس الحكم ويعتبره حجة قاطعة فى الموضوع كما هى الحال فى إنجلترا ، فان الحكم الانجليزى يعامل فى مصر نفس المعاملة ، وفى هذه الحالة أيضا ما ينفذ هو الحكم المصرى دون الحكم الانجليزى ، فلا محل لاعطاء الأمر بالتنفيذ على الأحكام الانجليزية ، لأن الأحكام الأجنبية فى إنجلترا انما تتمتع فقط بقوة اثبات ولا تنفذ عن طريق وضع أمر بالتنفيذ عليها ، أى أن ما ينفذ فى إنجلترا هو حكم انجليزى صادر على أساس الحكم الأجنبى ^(١) .

وظاهر أن تطبيق شرط التبادل فى الحالتين السالفتين يؤدى الى ضرورة رفع دعوى مباشرة ، مع ذلك الفارق ، وهو أنه فى الحالة الأولى يعتبر الحكم مجرد دليل فى الدعوى ، وأما فى الحالة الثانية فهو دليل قاطع . وعند حصول الشك فى المعاملة التى يعامل بها الحكم المصرى فى البلد الأجنبى فانه يجب الرجوع الى أحكام المحاكم للتحقق عملا من المعاملة الفعلية ولا يؤخذ فى ذلك بأقوال الشراح

(١) راجع Dicey ٤٢٩ وما بعدها و ٤٤٨ وما بعدها وقارن أبو هيف بك

٣٨٨ — ٣٩٠ . وعكس ذلك ١٥ يونيه ١٩٢١ م . ت . م . ٣٣٠ . ٣٩٨ .

ورغباتهم ، وثما هو جدير بالذكر بهذه المناسبة أن لغة ^(١) بعض الأحكام الانجليزية تفيد أن الأحكام الأجنبية تنفذ في إنجلترا باعتبار أنها أحكام والحاصل هو ما قدمناه .

وإذا كانت محاكم البلد الأجنبي تبيح لنفسها مراجعة الأحكام المصرية فإنه لا بد من مراجعة الحكم الأجنبي في مصر . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة ^(٢) بمراجعة حكم صادر من محكمة باريس لأن المحاكم الفرنسية تعطى لنفسها هذا الحق بالنسبة للأحكام المصرية . وظاهر هنا أن تطبيق شرط التبادل يؤدي إلى اتباع نظام المراجعة في مصر .

أما إذا كان تشريع البلد الأجنبي يكتفى فقط باستيفاء الشروط الخارجية السابقة دون اشتراط المراجعة كالتشريع الإيطالي ، وذلك بمقتضى القانون الصادر في سنة ١٩١٩ رقم ١٢٧٢ معدلا للمادة ٩٤١ مرافعات ، وكذلك بعد تعديل سنة ١٩٢٥ ، فإن الأحكام الإيطالية تنفذ في مصر بدون حاجة لمراجعة وقائعها . على أن التشريع الإيطالي من الجهة الأخرى يبيح مراجعة الوقائع إذا ما كان الحكم غائبا وطلب ذلك المدعى عليه ، لذلك يقضى تطبيق شرط التبادل أن يعامل الحكم الإيطالي في مصر نفس المعاملة ، ولكن محكمة الاستئناف المختلطة لم تأخذ بهذا الرأي في حكم حديث سبق أن أشرنا إليه ^(٣) ، بل أعطت الأمر بالتنفيذ دون

(١) على أن المحاكم المختلطة في بعض أحكامها جرت على اعتبار أن التبادل موجود بين الأحكام الانجليزية والأحكام المصرية ، وأن الخلاف مقصور فقط على الاجراءات الواجبة الاتباع . انظر Messina . ٢ . ١٣٤ . وحكم استئناف مختلط ١٣ أبريل ١٩٢٢ . ٣٤ . ٣٢٧ .

(٢) ١٠ فبراير ١٩٢٤ م . ت . م . ٣٦ . ١٤٣ وقد أشار الحكم إلى أن الحكم الأجنبي لا ينفذ متى كان مخالفا للنظام العام المصري .

(٣) وقد انتقدنا هذا الحكم في تعليق لنا باللغة الفرنسية منشور بمجلة القانون والاقتصاد السنة الرابعة . ٤ . ٢٤٨ . وبحث الأستاذ Dina الإيطالية المنشور في Clnnet ١٩٢٢ ، ١٩٢٣ . ٣٣ وعكس ذلك ١٨ يناير ١٩٢٣ م . ت . م . ٣٥ . ١٥٨ .

مراجعة الوقائع ، مع أن تطبيق شرط التبادل في هذه الحالة يؤدي الى الأخذ بنظام المراقبة مع ملاحظة الاستثناء الأخير .

ويعتبر شرط التبادل متوفرا من أول الأمر اذا كان التشريع الأجنبي يقول به كما هي الحال بالنسبة للتشريع السويسري^(١) .

ويتبين مما تقدم أن سلطة الجهة المختصة باعطاء الأمر بالتنفيذ في مصر لا يمكن أن تقل على أية حال عن مراقبة استيفاء الشروط الخارجية للحكم ، بل قد تزداد في بعض الأحوال حتى تصل الى حد مراجعة الوقائع بل وأكثر من ذلك الى ضرورة رفع دعوى بالموضوع الأصلي فيتاح للمحكمة المصرية أن تبحث الموضوع برمته من جديد .

٣٧٥ — فرغنا من بيان معنى التبادل ، ونعرض الآن لتحديد نطاقه . والواقع أننا اذا رجعنا الى أحكام المحاكم المختلطة في الموضوع وجدنا أنها بعيدة عن الوضوح والتجانس ، بحيث يصعب أن نستخلص منها المبادئ المقررة لنطاق التبادل وقيوده ، وقد لاحظ ذلك بحق المرحوم أبو هيف بك . ومع هذا فمن المتفق عليه أنه لا تبادل من حيث اجراءات الطلب ، ولا من حيث الجهة المختصة بنظره ، لأن الاجراءات تدخل ضمن قواعد المرافعات فتخضع لقانون القاضي^(٢) ، ولأن الاختصاص متعلق بالنظام القضائي وهذا مرجعه أيضا قانون بلد التنفيذ والعبرة دائما بالنتيجة ، وهي الحصول على الأمر بالتنفيذ . ولقد أحسن المشرع

(١) راجع مع ذلك حكم أول يونيو ١٩٣٥ . م . ت . م . ٤٧ . ٣٤٧ حيث يقرر أنه يشترط لتنفيذ الأحكام الألمانية في مصر رفع دعوى مادية أسوة بالتشريع الألماني . وقارن أبو هيف بك ٣٩٣ الذي يقرر عكس ما تقدم ويظهر أن التشريع في هذه النقطة قد تعدل في ألمانيا . وقد صدر حكم آخر بهذا المعنى من محكمة الاستئناف المختلطة في ١١ أبريل ١٩٣٥ المجلة ١٩٣٥ . ٧١ . ١ . اذ قرر عدم وضع exequatur على الأحكام الألمانية لأن التشريع الألماني يستلزم مراجعة الموضوع .

(٢) ٩ مارس سنة ١٩٣٣ جازيت ٢٤ — ٣٤١ و Messina . ٢ . ١٣٢ — ١٣٤ . وبجنتا السابق الاشارة اليه ٢٥٠ — ٢٥١ .

المصرى باعطائه الاختصاص لرئيس المحكمة بعد اتباع اجراءات الأوامر على العرائض لما في ذلك من تسهيل للأمر .

٣٧٦ — ولكن هل يتناول التبادل الشروط الخارجية للحكم ؟ يستفاد من أحكام القضاء المختلط أنه لا تبادل فيما يتعلق باتهائية الحكم ، فإذا كان تشريع بلد الحكم الأجنبي يبيح تنفيذ الحكم المصرى الابتدائى أو المشمول بالنفاذ المعجل فان الحكم الأجنبي لا يعامل فى مصر نفس المعاملة ، والعلة فى ذلك كما أشرت اليه من قبل هى منع المفاجآت . وكذلك لا تبادل بالنسبة للاجراءات السابقة على الحكم فلا يشترط أن تكون الاجراءات واحدة عندنا وعند البلد الأجنبي . ومن المقرر أيضا أنه لا تبادل بشأن تطبيق الحكم الأجنبي للقانون المختص ، بل يجب أن يكون هذا الحكم قد أخذ بالقانون الذى تشير به قواعد تنازع القوانين المصرية فان لم يفعل فلا يمكن تنفيذه فى مصر ، وان كانت محاكم البلد الأجنبي تبيح تنفيذ الحكم المصرى فى هذه الحالة ، لأن المحاكم المصرية لا يمكنها أن تقر الظلم الناشئ عن تطبيق قانون آخر ، وذلك لما هو معلوم من أن قواعد تنازع القوانين مدارها فى كل بلد تحقيق العدالة ، ولا يعتبر الحكم الأجنبي عادلا فى نظر المشرع المصرى ومحاكمه الا اذا كان قد طبق القانون الذى تشير به قواعد الاسناد المصرية . ويضاف الى ما تقدم أن هذه القواعد الأخيرة متعلقة بالسيادة فلا يسمح بمخالفتها . كما أنه لا محل للتبادل اذا كان فى تنفيذ الحكم الأجنبي مساس بالنظام العام فى مصر ولو كانت محاكم البلد الأجنبي تبيح تنفيذ الحكم المصرى الصادر فى نفس الظروف كالحكم الصادر بثن أسلحة مهربة الى القطر المصرى ، أو بصحة عقد بيع حشيش^(١) الخ . فالواقع أنه لا تبادل بالنسبة للشروط السابقة ولا يبق من الشروط الخارجية سوى الشرط الخاص بصدور الحكم الأجنبي من محكمة مختصة . وقد رأينا أن

(١) راجع Messina . ٢ . ١٤٨ — ١٤٩ حيث تجدد أحوالا كثيرة أخذت فيها المحاكم المختلطة بهذا الشرط فلم تبيح تنفيذ الأحكام الأجنبية لمخالفتها للنظام العام .

القانون المول عليه في تحديد الاختصاص العام للمحكمة الأجنبية هو القانون المصري . ولكن مع ذلك فقد قررت المحاكم المختلطة ، في بعض أحكامها ، الأخذ بقانون المحكمة الصادر منها الحكم للوقوف على اختصاصها . ومنها ما قضى على عكس ما تقدم فلم يبح تنفيذ الحكم الأجنبي ولو أن المحكمة الصادر منها الحكم كانت مختصة وفقاً لقانونها عملاً بشرط التبادل ، وذلك إذا كانت محاكم هذا البلد لا تبيح تنفيذ الحكم المصري الصادر في نفس الظروف . وعلى الأساس المتقدم لم تعترف المحاكم المختلطة للمحاكم الانجليزية بالاختصاص في دعاوى الالتزام الناشئة عن عقود تمت في إنجلترا ولو أن أحد الطرفين لم يكن موجوداً بها (المادة ١٤ م . م) لأن المحاكم الانجليزية لا تعترف للمحاكم المصرية بالاختصاص في هذه الحالة^(١) . كما أنه قضى بأن الاختصاص العام غير المباشر لا يخضع للتبادل إذا كان متعلقاً بالنظام العام ، فإذا كان الحكم الأجنبي قد صدر في دعوى هي من اختصاص المحاكم المختلطة وفقاً للمادة ١٤ م . م . فلا يمكن تنفيذه في مصر لأن هذا النص متعلق بالنظام العام^(٢) ، ولا يغير من ذلك أن تكون المحكمة الأجنبية مختصة وفقاً لقانونها . ولم تعترف المحاكم المختلطة بوجود تبادل في الأحوال التي تكون فيها الدعوى مرفوعة إلى محكمة المدعى لما في ذلك من مخالفة للقاعدة الأساسية في مسائل الاختصاص ، وهي أن المدعى يسعى وراء المدعى عليه . ومما تقدم يتبين أنه وإن كانت لغة بعض الأحكام المختلطة تشعر بأن هناك تبادلاً فيما يتعلق بالاختصاص ، فالواقع مع ذلك يجري على خلافه . وقد رأينا أن تطبيق شرط التبادل في الأحكام الأخيرة إنما استعين به لحرمان الحكم الأجنبي من التنفيذ ، وعندى أن هذا الشرط كغيره من الشروط الخارجية

(١) فالأخذ بالتبادل هنا يمنع في التنفيذ .

(٢) أي أن اتفاق الطرفين على إعطاء الاختصاص لمحكمة أجنبية وسلخ اختصاص المحكمة المختلطة غير جائز ، وإن كان تشريع البلد الأجنبي يجيز مثل هذه الاتفاقات بالنسبة لمحاكمه لأنه لا تبادل هنا . انظر قبله ٤٢١ هامش (٢) .

بعيد عن نطاق التبادل ^(١) . لأن قواعد تنازع الاختصاص المصرية قواعد وطنية قبل كل شيء ، وهى متعلقة بالسيادة فلا يمكننا مطلقا أن نعترف بحكم وتنفذه فى داخل بلادنا اذا خالف هذه القواعد . ويؤيد ذلك أنه فى البلاد التى أخذت بنظام التبادل كالألمانيا قد اشترط تشريعها صراحة أن يكون الحكم قد صدر من محكمة مختصة بحسب القانون الألمانى ^(٢) . وتكون النتيجة النهائية على حسب رأينا أنه لا تبادل فيما يتعلق بالشروط الخارجية للحكم ، لأن القول بخضوع بعضها للتبادل دون البعض ، علاوة على كونه سقيا ، فإن التفرقة لا مبرر لها وتؤدى الى مخالفة السيادة الوطنية ، وهذا ما لا يقصده مطلقا واضعوا شرط التبادل ^(٣) .

٣٧٧ — ويكون ملخص رأى الذى نقول به هو أن مناط التبادل معرفة ما اذا كان تشريع البلد الأجنبى يجوز تنفيذ الحكم المصرى الصادر فى نفس الظروف باعتباره حكما أو لا ؟ فان أجازته فهل يتم ذلك بغير مراجعة للوقائع أو لا ؟ فاذا أجاز تشريع هذا البلد تنفيذ الحكم المصرى باعتباره حكما وبغير مراجعة للموضوع فعلى الجهة القضائية المصرية التى يطلب إليها هذا الأمر بالتنفيذ أن تمنحه بلا تردد متى استوفيت الشروط الخارجية للحكم . أما اذا كان الحكم المصرى ينفذ باعتباره حكما ولكن بعد مراجعته من حيث الوقائع فان رئيس المحكمة يكون غير مختص باعطاء الأمر بالتنفيذ فى هذه الحالة ^(٤) بل لابد هنا من

(١) الا فى الحدود السابقة .

(٢) فلا يهم اذن أن يكون تشريع البلد الأجنبى (ألمانيا) يعطى الاختصاص للمحاكم الألمانية فى غير الأحوال الواردة فى التشريع المصرى فان مسلك المشرع الأجنبى لا يعترف به فى مصر لأن قواعد الاختصاص العام متعلقة بالسيادة كما بيناه .

(٣) قارن Valéry . ٧٩١ الذى يقرر أنه يجب أن تكون المحكمة الأجنبية الصادر منها الحكم مختصة وفقا للتشريع الفرنسى دون غيره .

(٤) راجع Messina . ٢ . ١٥١ الذى يقرر أن رئيس المحكمة فى هذه الحالة لا يعتبر قاضيا استثنائيا بالنسبة للحكم الأجنبى ، كما أنه لا ينتظر منه أن يصندر حكما موضوعيا أعدل من القضاء الأجنبى .

اتباع اجراءات الدعوى لفحص الموضوع والوقائع بمعرفة المحكمة ، التي تعطى الأمر بالتنفيذ اذا ثبت لها أن الحكم عادل ، وأن مبادئ العدالة الأساسية لم تنتهك^(١) ، وذلك بغير اثاره لموضوع النزاع من جديد ، وعلى ذلك لا يحق للمحكمة متى كان المطلوب هو الأمر بالتنفيذ أن تعدل في موضوع الالتزام الوارد بالحكم الأجنبي وانما لها أن تمنح أو ترفض اعطاء هذا الأمر^(٢) ، وعندئذ يصح رفع دعوى بالموضوع من جديد . أما اذا كان الحكم المصرى الصادر في نفس الظروف لا ينفذ باعتباره حكما بل يعتبر كمجرد وثيقة أو قرينة وأن الحكم الوطنى الذى يصدر فيما بعد هو الذى ينفذ فيعامل الحكم الأجنبي نفس المعاملة في مصر .

٣٧٨ — والواقع أن نظام التبادل منتقد لأنه خليط ومزيج من كل الأنظمة الأخرى . كما أنه يجعل حظ الأحكام الأجنبية عرضة للمفاجئات اذ يرغم المحكوم له من محكمة أجنبية على أن يتأكد مبدئيا من قيمة الحكم المصرى المائل في البلد الأجنبي ، وهذا الأمر قد يكون من الصعوبة بمكان . ويترب على الخطأ فيه استحالة التنفيذ في بعض الأحوال ، اذ ربما يتمكن المدين من تهريب أمواله في فترة تصحيح الاجراءات ، ولا يصيب المحكوم له سوى اضاعة المصاريف والوقت . ويظهر أن نظام التبادل هذا قد أوحى به الجاملات الدولية وذلك بغض النظر عن مراعاة مصالح الأفراد والاحترام الكافى لحقوقهم المكتسبة ، وغير خفى أن تطبيق شرط التبادل أمر شاق على القضاة الوطنيين اذ يتطلب منهم ذلك بحثا دقيقا في التشريعات الأجنبية المختلفة ، وعندنا أنه كان من الأولى فيما يختص بتنفيذ الأحكام الأجنبية ، وهى مسألة متعلقة بالسيادة ، أن يكون النظام المتبع واحدا بالنسبة للجميع ، وذلك بغير مراعاة للنظم المتبعة في البلاد الأخرى .

٣٧٩ — ولا شك في أنه اذا أعطى الأمر بالتنفيذ للحكم الأجنبي فانه

(١) : Massina ٢٠٠ ١٥١ .

(٢) : قارن Valéry ٨٠٦ حيث يجذ هذا الرأى ويقرر في الوقت نفسه بأنه الرأى المقرر في القضاء الفرنسى .

يعامل معاملة الحكم المصرى تماما ، فيصح مثلا بموجبه الحصول على حق اختصاص وذلك من يوم صدوره نهائيا ، على عقارات المدين الكائنة فى مصر ، كما يمكن التنفيذ به مباشرة . وعلى العموم فانه يكون للحكم الأجنبى ، جميع الآثار التى للحكم المصرى . ويعبرون أحيانا عن هذا التشبيه فى المعاملة بقولهم ان الحكم الأجنبى يعتبر متجنسا بجنسية الحكم الوطنى ^(١) .

٣٨٠ — وقد حصل التساؤل عن القيمة التنفيذية لأحكام المحكمين متى صدرت فى الخارج ؟ وللإجابة عن ذلك يجب أن ندلى ببعض بيانات موجزة عن قيمة أحكام المحكمين فى الداخل . تكلم المشرع المصرى عن التحكيم فى مجموعة المرافعات المدنية الأهلية فى المواد ٧٠٢ — ٧٢٧ وتقابلها فى مجموعة المرافعات المختلطة المواد ٧٩١ — ٨١٦ . وهذه المواد مأخوذة فى جملتها عن التشريع الفرنسى وفقا لمسلك المشرع المصرى المعتاد . ويتبين منها أن حكم المحكمين إنما يصدر على أساس الاتفاق السابق بين أصحاب المصلحة . ويتم هذا الاتفاق إما بعقد يحرر على حدة ويطلق عليه « عقد التحكيم » ، وإما بشرط يكتب ضمن العقد الأسمى ويطلق عليه « شرط التحكيم » . وعلى أية حال فلا بد من الاتفاق على التحكيم كتابة ٧١٩/٨٠٠ م . ا . م . وقد اشترط المشرع توفر أهلية خاصة فى المتعاقدين ، وهى أهلية التصرف المطلق فى الحقوق محل النزاع ، كما أنه اشترط فى هذه الحقوق محل النزاع أن تكون ضمن الحقوق التى يجوز التصالح عليها ، هذا علاوة على الشروط الخاصة بإجراءات التحكيم التى ترمى الى ضمان تحقيق العدالة واحترام حقوق كل من الطرفين أكبر احترام ممكن . فسياسة المشرع فى عقد التحكيم تقوم اذن على اعتبارين أساسيين ، أولهما احترام ارادة المتعاقدين ، وثانيهما حماية هؤلاء المتعاقدين كل منهما فى مواجهة الآخر ، ولا تتحقق هذه الحماية الا برقابة القضاء لعمل المحكمين . ويتبين من ذلك أن المشرع

(١) ويرى Pillet-Niboyet أنه لا يمكن للحكم الأجنبى فى هذه الحالة أن يتمتع بأثار لا يعترف له بها فى بلده الأسمى ، فإذا لم يعرف البلد الأجنبى نظام الاختصاص مثلا فلا يجوز للحكم الأجنبى أن تكون له هذه القوة فى فرنسا ٩٤٩ — ٩٥٠ .

قد أجاز نزع اختصاص القضاء في الفصل في النزاع في البداية ، ولكن أعطاه من الجهة الأخرى حق الرقابة على ما يقضى به المحكمون في النهاية ، ولذا استلزم لنفاذ أحكامهم ضرورة صدور أمر بالتنفيذ عليها من قاضي المواد الجزئية أو من رئيس المحكمة الابتدائية على حسب الأحوال . ٧٢٥/٨١٤ م . ١ . م . ولكن ليس للتضاء الحق في تعديل حكم المحكمين مادام هؤلاء قد قاموا بتطبيق عقد التحكيم كما يجب ، فأخذوا بالقواعد أو القانون المتفق عليه ان وجد ، أو حكموا بالعدالة *ex æquo et bono* وفقا لما اشترطه الطرفان .

٣٨١ - فني مصر يمكن أن يخضع عقد التحكيم لحكم التشريع الأهلي ، اذا لم توجد مصلحة لأجنبي ، أما اذا كانت الحقوق موضوع النزاع بين مصريين وأجانب أو بين أجانب مختلفي الجنسية فأحكام التشريع المختلط هي الواجبة التطبيق . وهذا الوضع كما هو معلوم خاص بمصر اذا في البلاد الأخرى^(١) لا توجد نصوص اقليمية لتنظيم عقود التحكيم و بيان قيمة أحكام المحكمين اذا كان اتفاق التحكيم الأجنبي قد تم في داخل اقليمها . فالأحكام الخاصة بعقد التحكيم في التشريع الفرنسي مفروض بحسب الأصل أنها سارية بالنسبة للفرنسيين دون غيرهم ولا يمكن أن تنطبق على الأجانب الا بفضل تطبيق قواعد القانون الدولي الخاص الفرنسية ، وظاهر أن الحال في مصر تخالف ذلك . وينبني على ما تقدم أنه لا محل في مصر للخلافات التي قامت في الخارج^(٢) حول المقياس الواجب اتباعه لمعرفة متى يعتبر حكم المحكمين أجنبيا أو وطنيا . وتتلخص هذه الخلافات في أن وصف حكم المحكمين على الوجه السابق يمكن أن يرجع فيه ، اما الى البلد الذي حصل فيه الاتفاق على التحكيم ، بمعنى أنه لو تم هذا الاتفاق داخل الحدود الفرنسية بين أشخاص متحدى الجنسية أو مختلفيها كان الحكم فرنسيا ، ولا عبرة هنا بالأشخاص ولا بمكان جلوس المحكمين اذا فرض أن تم الاتفاق

(١) فارن Valéry . ٨١٨ - ٨١٩ ورسالة Weill « أحكام المحكمين في القانون

الدولي الخاص » باريس ١٩٠٦ .

(٢) راجع Bartin . ١ . ٦٠٦ - ٦١٣ .

على جلوسهم في بلد آخر خارج فرنسا. كما أنه يصح أن يرجع في وصف حكم المحكمين الى البلد الذي جلس فيه المحكمون أو الى البلد الذي ينتسب اليه الخصام اذا اتحدوا جنسية، أو الى جنسية الحكم أو المحكمين على التفصيل السابق. فالضوابط اذن مختلفة، ولذا كان من رأى البعض^(١) أن لا محل لاعطاء جنسية خاصة لأحكام المحكمين، لأن اعطاء هذه الجنسية للحكم الأجنبي معقول اذ يصدر الحكم من سلطة قضائية تنتسب لدولة معينة، أما هنا فالحكم صادر من أشخاص عاديين وبناء على اتفاق المتعاقدين ورغبتهم. ومقتضى هذا الرأى أن النصوص الوطنية بشأن عقد التحكيم وأحكام المحكمين تسرى على جميع عقود التحكيم سواء تمت بين وطنيين أو أجنبى. ولكن هذا الرأى لم يصادف نجاحا بل من المتفق عليه في الوقت الحاضر وجوب التمييز بين أحكام المحكمين الوطنية وأحكام المحكمين الأجنبية، وأن هذه الأحكام الأخيرة تلحق بالأحكام الأجنبية من حيث المعاملة. ولكن متى تعتبر أحكام المحكمين أجنبية؟ من المتفق عليه الآن الرجوع الى الجهة التي صدر فيها حكم المحكمين دون أية جهة أخرى، وبغير اعتبار لجنسية المتعاقدين.

٣٨٢ - والضابط المتقدم متفق كل الاتفاق مع مسلك المشرع المصرى، اذ كل عقود التحكيم وأحكام المحكمين التي تصدر في مصر تخضع للتشريعين الأهل والمختلط على التفصيل السابق. فاذا كان حكم المحكمين قد صدر في الخارج وأريد تنفيذه في مصر، فهل تتبع هنا اجراءات التنفيذ الخاصة بالأحكام الأجنبية؟ ربما توهم البعض عدم جواز اتباع هذه الاجراءات بدعوى أن النصوص التشريعية ٤٠٧/٤٦٨ م. ا. م. لم يرد بها ما يشير الى أحكام المحكمين بل أنها أتت مقصورة على الأحكام الأجنبية. وقد رفض القضاء الأخذ بهذا الرأى بل أجاز تنفيذ أحكام المحكمين واعتبر أنها ملحقه بالأحكام الأجنبية من حيث المعاملة فتنفذ عن طريق وضع أمر بالتنفيذ عليها. ويطلب هذا الأمر من رئيس المحكمة أو من

(١) اوبرى ورو. ١٢. ٥٠٨.

المحكمة كلها على حسب التفصيل الذى رأيناه فيما مضى^(١) .

ويقتضى التشبيه فى المعاملة بين الحكم الأجنبى وحكم المحكمين الأجانب أيضا ، أن يكون هذا الأخير قابلا للتنفيذ فى البلد الذى صدر فيه . وهذا الشرط مقرر فى فرنسا قتها وقضاء^(٢) ، ولا مناص من الأخذ به فى مصر عملا بالمبادئ السابقة .

على أنه لا يغيب عن الذهن من الجهة الأخرى أن تنفيذ حكم المحكمين الأجنبى يثير البحث فى مسألة أخرى ، وهى مسألة صحة الاتفاق الخاص بالتحكيم فى ذاته ، فوفقا لأي قانون يجب أن يفصل فى هذه المسألة ؟

بالنسبة لتمام الاتفاق من حيث الأهلية فالمرجع دائما للقانون الشخصى للمتعاقدین بلا خلاف . أما من حيث موضوع التحكيم فهل يرجع هنا للقانون المصرى باعتباره قانون بلد التنفيذ ، أو يرجع لقانون بلد التحكيم ؟ من المتفق عليه تقريبا ضرورة الرجوع للقانون الذى يحكم موضوع العلاقة القانونية محل النزاع ، فإذا أجاز هذا القانون الاتفاق على التحكيم اتبعت أحكامه . وهذا الرأى معقول^(٣) ، ولكنه لا يمنع مطلقا من وجوب اتباع أحكام القانون المصرى بشأن النظام العام ، فإذا كان النظام العام المصرى يأبى التحكيم فى مسألة معينة كمسألة طلاق أو زواج فإن عقد التحكيم يعتبر باطلا فى نظر المشرع المصرى ومحاكمه ، وذلك بغض النظر عما قد يقول به التشريع الأجنبى الذى يحكم الموضوع .

كما أننا نلفت الأنظار الى وجوب تطبيق شرط التبادل هنا أسوة بالأحكام القضائية ، فإذا كان التشريع الأجنبى لا يضح تنفيذ أحكام المحكمين الصادرة فى

(١) انظر ٩ نوفمبر ١٩٢١ م . ت . م . ٣٤ . ٨ وقد أشار اليه الأستاذ رياض ٢٧٧ وراجع أيضا ١٩ ديسمبر ١٩٢٩ . جازيت . ١٨ . ٢١٢ و ٤ فبراير ١٩٣٣ جازيت . ٢٤ . ٣٤٥ .

(٢) قارن Pillet-Niboyet ٩٧٣ .

(٣) وقد دافع عنه Bartin . ١ . ٦١١ .

مصر عن طريق وضع أمر بالتنفيذ عليها بل يستلزم صدور حكم جديد وجب اتباع نفس المعاملة بالنسبة لأحكام المحكمين الصادرة في هذا البلد الأجنبي .
 فاذا وضع الأمر بالتنفيذ على حكم المحكمين الأجنبي ، كانت له نفس القوة التي تنقرر للحكم الأجنبي الذي يسمح بتنفيذه في مصر .

٣٨٣ — وتسرى المبادئ السابقة في حالة غياب معاهدة منظمة لكيفية معاملة هذا النوع من الأحكام ، فإن وجدت معاهدة اتبعت أحكامها .

وهذا في مشروعات مؤتمر لاهاي الخامس في سنة ١٩٢٥ شبت أحكام المحكمين بالأحكام الأجنبية من حيث المعاملة . ولقد حاولت عصبة الأمم وضع مشروع اتفاق دولي بشأن أحكام المحكمين فوجد بروتوكول ٢٤ سبتمبر ١٩٢٣^(١) ثم كمل هذا البروتوكول باتفاق في ٢٦ سبتمبر ١٩٢٧ ، وهذا الاتفاق على خلاف مشروع لاهاي لا يعتبر أحكام المحكمين في منزلة الأحكام الأجنبية بل يعتبر أن أساس أحكام المحكمين هو الاتفاق الخاص الخالص ولا يمكن تنفيذها الا اذا استوفيت الشروط الآتية : (١) أن يكون حكم المحكمين قد صدر على أساس اتفاق صحيح بالتحكيم . (٢) أن يكون موضوع الحكم مما يجوز التحكيم فيه وفقا لقانون بلد التنفيذ . (٣) أن يكون الحكم نهائيا في البلد الذي صدر منه . (٤) أن لا يكون الحكم مخالفا للنظام العام في بلد التنفيذ . وهذه الشروط قريبة جدا من الشروط الخارجية الخاصة بتنفيذ الأحكام الأجنبية في مصر .

هذا وقد صدقت جملة دول على الاتفاق السالف الذكر^(٢) ، ولكن مصر لم تصدق عليه حتى الآن ، ولها مطلق الحرية في ذلك ولو لم تكن عضوا في عصبة الأمم بعد .

٣٨٤ — ومن المعلوم أن للسندات الرسمية التي تحرر في مصر قوة تنفيذية أى انه ينفذ بمقتضاها دون حاجة للحصول على حكم بذلك ، فهل يمكن أن تعامل

(١) ولصومه منشورة في مجموعة Goulè et Niboyet ولم يرد بهذه النصوص شيء بخصوص أحكام المحكمين الأجنبية .

(٢) انظر مؤلف الأستاذ رياض ٢٨٠ — ٢٨٢ .

السندات الرسمية الأجنبية نفس المعاملة ؟ لا شك في أنه إذا كان السند الرسمي قد حرر في الخارج أمام موظف رسمي مختص (كأمور قنصلية مثلا) فإنه يتمتع بهذه القوة ، أما إذا كان السند الرسمي قد حرر في الخارج أمام موظف أجنبي فإنه لا يتمتع بهذه القوة التنفيذية . وهذا هو الرأي الذي قال به القضاء ^(١) والفقهاء في مصر ، ويعتمد على أن نص المادة ٤٠٧/٤٦٨ م. ا. م. خاص فقط بالأحكام وما يلحق بها على الوجه الذي يبيناه . أما السندات الرسمية فهي عقود بحجة بعيدة عن كل اعتبار خاص بالسيادة ، وليس للقضاء أية رقابة بشأن تمامها فليس من المعقول إذن السماح بتنفيذها عن طريق وضع أمر بالتنفيذ عليها من رئيس المحكمة الابتدائية . هذا في مصر أما في فرنسا فالمسألة خلافية ^(٢) فمن الشراح من يقول بالرأي السائد عندنا ومنهم من يقول بجواز التنفيذ بشرط عرض الأمر على المحكمة أي أن الأمر بالتنفيذ إنما يصدر من المحكمة لا من رئيسها وحده على أن لا يكون للمحكمة الحق في تعديل محتويات العقد بل لها أن ترفض التنفيذ أو تقبله على حسب الأحوال ، أي أنه يوجد تشبيه في المعاملة بين السندات الأجنبية والأحكام الأجنبية .

كل هذا لا ينفي أن للسندات الرسمية في مصر قوة اثبات تتحدد بالقانون الذي تمت تحت سلطانه ، لا بتطبيق أحكام المادة ٢٢٦/٢٩١ مدني م. ا. م. كما قال بذلك المرحوم أبو هيف بك ، لأن النصوص المصرية إنما تسرى فقط داخل الحدود المصرية ^(٣) .

وتنفذ الأحكام السابقة الا في حالة وجود معاهدة خاصة مغيرة لمقتضاها .

(١) راجع أبو هيف بك ٤١٠ — ٤١١ والأحكام التي أشار إليها .

(٢) راجع Pillet-Niboyet . ٩٨٣ — ٩٨٤ .

(٣) راجع أبو هيف بك ٤١١ وقارن قبله ١١٤ والزيني مذكرات ١٤٤ والأحكام التي أشار إليها .

المبحث الثاني

في

الآثار الأخرى للأحكام الأجنبية وما يلحق بها

٣٨٥ — من المعلوم أن للأحكام الوطنية آثارا أخرى خلاف التنفيذ ، أهمها أنها تعتبر حجة فيما قضت به ، أى أنها تتمتع بما يسمى بحجة الشيء المحكوم به وكذلك بقوته ، بحيث لا يباح للخاسر أن يثير النزاع من جديد متى فصل فيه القضاء . فهل يسوغ لمن بيده حكم أجنبي أن يستفيد من هذه الميزات ، أى هل يحق له أن يعتبر هذا الحكم حجة بما قضى به فيرتكز عليه للمطالبة بحق جديد أو يعتمد عليه لاكتساب حق جديد ، وهكذا يسوغ لمن بيده حكم مثبت لطلاقه من زوجته أن يتزوج من جديد في بلد آخر دون حاجة للحصول على أمر بالتنفيذ ، وكذلك يحق لمن حكم ببراءة ذمته من دين معين أن يطالب بتعويضات بناء على أن الدعوى التي رفعت عليه كانت كيدية . وقياسا على ما تقدم هل يسوغ له أن يعتمد على هذا الحكم كي يطلب رفض الدعوى المرفوعة عليه من جديد أخذا بالدفع المعروف باسم قوة الشيء المحكوم فيه ؟ أثارت هذه المسألة خلافات كثيرة ^(١) فتضاربت بشأنها الآراء في فرنسا اذ قال البعض ان الحكم الأجنبي ينتج آثاره دون حاجة للحصول على الأمر بالتنفيذ ، أى أن الحكم الأجنبي ينتج آثاره من هذه الوجهة بقوة القانون ومن تلقاء نفسه ^(٢) ، وعللوا هذا الرأي بحجج مختلفة أهمها أن الحكم انما يركز على تعاقد قضائي *contrat*

(١) قارن *Bartin* . ١ . ٤٨٦ وما بعدها .

(٢) وعماد هذا الرأي وجوب التمييز بين تنفيذ الحكم الأجنبي ، والآثار الأخرى التي يمكن أن يتمتع بها الحكم ، ففي الحالة الأولى لا بد من الأمر بالتنفيذ أما في غيرها فلا داعي له قارن *Bartin* . ١ . ٤٨٨ . حيث يقرر أن اعتبارات السيادة تمنع من ذلك . وظاهر تعلق الأستاذ بفكرة السيادة في جميع مناحي القانون الدولي الخاص .

judiciaire مفترض وجوده بين انتقاضين ، مؤداه أن الخاسر الاحتمالى قابل لحكم القضاء ، وهذا العقد وإن كان حاصلًا فى الخارج فهو صحيح ومنتج لآثاره فى الداخل مباشرة دون حاجة الى أمر بالتنفيذ . وقد اعترض على هذه الحجة بأن نقطة البداية فيها خاطئة ، اذ أن الفصل فى المنازعات لا يتوقف على رضا المتخاصمين بل يقوم على فكرة تأدية خدمة عامة اضطلمت بها الدولة ، ولا يمكن التسليم بأن هناك تعاقدًا يتم بين متخاصمين الا اذا وجد عقد تحكيم ، كما أن هناك من الأحكام ما يصدر فى غيبة المحكوم ضده فيصعب القول هنا بأن أساس قوة الشيء المحكوم فيه هو التعاقد القضائى ، اذ أن الأساس الحقيقى هو ارادة صاحب السلطان الذى يرى ضرورة عدم بسط النزاع من جديد متى فصل فيه القضاء^(١) المكلف بذلك من قبله . وتطبيقًا على ذلك يجب أن لا تتمتع الأحكام الأجنبية بحجة الشيء المحكوم فيه أو بقوته لاعتمادها على سيادة دولة أجنبية^(٢) .

وقال آخرون بأن الحكم الأجنبى يعتبر بمثابة قانون خاص loi spéciale مقصور على ما فعل فيه من نزاع وصادر من الدولة الأجنبية فيجب تطبيقه والاعتراف به كأى قانون آخر عام صادر من هذه الدولة . وقد اعترض على هذا التعليل بأن هناك فوارق متعددة بين الحكم الأجنبى والقانون الأجنبى . ولذلك ذهب أنصار هذا رأى أخيرا الى الاستناد على فكرة الحقوق المكتسبة ، أى أن الخصم الذى كسب الدعوى فى الخارج له حق مكتسب فى أن يرى الحقيقة التى أظهرها الحكم معترفًا بها فى كل البلاد ، ولكن هذه الحجة لم تنجح بدورها لأن كسب الدعوى فى الخارج بموجب الحكم الأجنبى إنما يعطى الحق فى التمسك به والاستناد على هذا الحكم فى البلد الأجنبى دون غيره ، ولهذا رفض Pillet

(١) راجع Larombière فى كتابه الالتزامات تحت المادة ١٣٥١ م . ف .

(٢) وقد أخذت المحاكم الفرنسية فى أحوال كثيرة بهذا رأى . راجع الأحكام التى أشار إليها Valéry : ٧٨٠ هـ . ش (١) والواقع أن مقتضى الأخذ بالرأى العكسى هو أن يعترف بحجة الشيء المحكوم فيه للأحكام التى رفض القضاء وضع أمر بالتنفيذ عليها وهذا غير مقبول .

نفسه وهو صاحب نظرية الحقوق المكتسبة اعتماد هذه الحجة .
ويقول أصحاب الرأي الراجح في فرنسا بضرورة الحصول على أمر بالتنفيذ لكي يتمتع الحكم الأجنبي بحجة الشيء المحكوم به وقوته ، ولهم في ذلك حجتان :
الأولى ، حجة نظرية ، مبناها أن الاختصاص *jurisdictio* بنظر المنازعات والفصل فيها *imperium* إنما يقوم بهما القضاء اعتمادا على سلطان الدولة فحكم القضاء باعتباره مظهرا للحقيقة لا يعمل به في خارج بلاده بغير الحصول على الأمر بالتنفيذ الذي يعد في الحقيقة بمثابة الاعتراف بالحكم الأجنبي من جانب الدولة الأخرى . الثانية ، حجة عملية ، ومقتضاها أن الفارق الوحيد بين حجة الشيء المحكوم به وقوته وبين التنفيذ هي أن الميزة الأولى إنما يستفاد منها عادة عن طريق الدفع بينما يستفاد من الميزة الثانية عن طريق طلب الأمر بالتنفيذ^(١) ، أي أن الميزة الأولى سلبية أما الميزة الثانية فهي ايجابية .

ورغم ما تقدم فانه من المقرر في فرنسا الاعتراف بحجة الشيء المحكوم فيه للأحكام الأجنبية الصادرة في مسائل الحالة والأهلية دون حاجة الى أمر بالتنفيذ^(٢) ، وقد عللوا ذلك الاستثناء بأن هذه الأحكام تقتصر في الحقيقة على التحقق من وجود حقائق معينة ، كالحكم بالطلاق أو ثبوت النسب ، وإن محاكم الدولة التابع لها الشخص هي أولى المحاكم بالفصل في المسائل المتعلقة بحالته أو أهليته ، وبخاصة إذا راعينا أنه غير مطلوب هنا أي عمل تنفيذي من جانب السلطة المحلية .

(١) وعند أصحاب هذا الرأي يعتبر الحكم الأجنبي المجرد عن الأمر بالتنفيذ مجرد أداة إثبات فيصبح اذن اثبات عكس ما يقول به قارن Valéry . ٧٨١ — ٧٨٣ وقارن Pillet-Niboyet ٩٦١ — ٩٦٢ .

(٢) وذلك اذا ما كان الحكم خاصا بأحد رعايا الدولة الصادر من محاكمها الحكم . قارن Pouillet . ٦٤٥ — ٦٤٩ حيث يشير بانبياع نفس المعاملة بالنسبة للأشخاص المعنوية . على أن الأستاذ قد انتقد الشرط السالف الإشارة اليه مقررًا جواز أن يكون الحكم قد صدر من محكمة الموطن بدلا من محكمة الجنسية ، ويكتفى الأستاذ باستلزام الشروط العامة في تنفيذ الأحكام الأجنبية دون غيرها ، المرجع السابق ٦٥٢ .

٣٨٦ - وقد قام الخلاف حول تشبيه حكم اشهار الافلاس بأحكام الحالة والأهلية لأنه يقرر عدم أهلية المفلس لإدارة أمواله وأعماله ، وعلى ذلك يتمتع هذا الحكم بقوة الشيء المحكوم فيه وبموجبته دون حاجة الى استصدار أمر بالتنفيذ . وقد اتبعت المحاكم هذا الرأي في بلاد متعددة فاعترفت بذلك بمبدأ عالمية universalité اشهار الافلاس لا اقليميته territorialité de faillite ولكن المحاكم في فرنسا^(١) عدلت أخيراً عن هذا التشبيه ، لأن عدم الأهلية هنا ليس مقصوداً به حماية المفلس كما هي الحال في عدم الأهلية المقررة في قوانين الأحوال الشخصية ، فقوانين الافلاس اقليمية لا تتعدى في آثارها الى البلاد الأخرى ، وقد أخذت بهذا الرأي المحاكم المختلطة بحكم أصدرته في دوائرها الجمعية سنة ١٩١٢ ، ومنذ هذا التاريخ سارت الأحكام على هذه الوتيرة^(٢) .

٣٨٧ - ولقد سار بعض^(٣) الأحكام المختلطة على اعتبار حجة الشيء المحكوم به للأحكام الأجنبية بغير حاجة للحصول على الأمر بالتنفيذ بخالف بذلك الرأي المعمول عليه في فرنسا . وعلى ذلك المسلك الأستاذ الزيني^(٤) بقوله ان المحاكم الفرنسية انما اتبعت الرأي العكسي لأنها تأخذ بنظام المراجعة أى مراجعة الحكم من حيث الموضوع . وفي اعتقادنا أنه يصعب الاستناد على هذا التعليل لتبرير مسلك المحاكم المختلطة اذ أن اتباع نظام التبادل في مصر من شأنه أن يؤدي كما رأينا في بعض الأحيان الى الأخذ بنظام المراجعة أو على الأقل بنظام المراقبة ،

(١) قارن بالنسبة لبليكا مؤلف Pouillet ٦٥٦ حيث يقرر الاستناد أن القضاء البلجيكي قد اتبع المذهب العكسي .

(٢) قارن أبوهيف بك ٦٠٨ وما بعدها وه يونيه ١٩١٢ م . ت . م . ٢٤ . ٣٨٥ .

(٣) ١٨ ابريل ١٨٩٥ م . ت . م . ٧٠٧ . ٢٧٦ و ٢ ديسمبر ١٨٩٦ م . ت .

م . ٣٩٠٩٠

(٤) انظر مذكراته . ١٤٩ هامش (١) والأحكام التي أشار اليها والأحكام الأجنبية المذكورة انما تثبت صفة الأشخاص ولم يعتمد عليها للوصول الى حق أو سماع دعوى أى أنها متعلقة بقوة الاثبات لا بحجة الشيء المحكوم فيه .

ونتيجة تطبيق هذا النظام يجعله قريبا من نظام المراجعة .

وعلى أية حال فإنه لا محل للاستناد على التبادل فيما يتعلق بحجة الأحكام وبقوتها لأن التبادل مقصور فقط على التنفيذ . وعندنا أن الأحكام الأجنبية المتعلقة بالحالة أو الأهلية تنتج آثارها دون حاجة الى وضع أمر بالتنفيذ عليها اذا استوفت الشروط السالفة الإشارة إليها ، أما غيرها من الأحكام فلا ينتج هذه الآثار الا بعد وضع الأمر بالتنفيذ عليه ، لأنه لا محل فيها للفرقة بين تقديم الحكم الأجنبي لتنفيذه ، وبين الاستفادة منه بطريقة غير مباشرة ، اذ أن أساس احترام الحكم في كلتا الحالتين هو اعتباره مظهرا للحق الذي اكتسبه صاحبه بموافقة القانون .

٣٨٨ — أما من حيث قوة اثبات الحكم الأجنبي لما ورد به من وقائع وصفات للأخصام فإنه يتمتع بذلك في مصر دون حاجة الى الأمر بالتنفيذ . فالحكم الصادر في الخارج بتعيين وصي يثبت له هذه الصفة . وقد قضت المحاكم المختلطة بأن الحكم الذي يقضى بتعيين سنديك يبيح لهذا الأخير اجراء أعمال تحفظية بشأن أموال المدين الموجودة في مصر ، ولا داعي هنا لاستصدار أمر بالتنفيذ (١) .

٣٨٩ — وتعتبر أحكام المحكمين حجة بما قضت به أمام المحاكم المصرية دون حاجة لوضع أمر بالتنفيذ عليها (٢) . ولا بد هنا أيضا من أن يستوفى الحكم الشروط التي بينها آتقا .

(١) قارن Valéry . ٧٨٢ حيث يشير الى طائفة من الاجراءات التحفظية التي يمكن السماح بالقيام بها في فرنسا بالنسبة للأحكام الأجنبية التي لم يوضع عليها الأمر بالتنفيذ Pillet-Niboyet . ٩٥٥ وما بعدها حيث يشير الى قوة الأحكام الناقلة للملكية وفقا لأحكام قانون موقع العقار وكذلك الى الأحكام الصادرة من القضاء بناء على سلطته الادارية كالتصديق على الصلح أو التصريح لامرأة متروجة ببيع عقار مملوك لها . على أن الاعتراف بهذه الآثار مقيد بأن يكون الحكم قد صدر من هيئة مختصة بتطبيق القانون المختص وغير مخالف للنظام العام . وحكم ١٨ مارس ١٩٣١ . م . ت . م . ٤٣ . ٣٠١ . وعكسه ٢٠ يناير ١٩٣٢ . م . ت . م . ٤٥ . ١٣٠ الذي لم يعترف بصفة السنديك .

(٢) ٤ فبراير ١٨٩٧ . م . ت . م . ٩٠ . ١٧٩ وقد أشار اليه المرحوم أبوهيف بك .

أما السندات الأجنبية فتكون لها قوة الاثبات وفقا للقانون الذى يحكمها من حيث الشكل . وظاهر أن لا محل هنا لفحصها من حيث حجة الشيء المحكوم فيه أو قوته .

المبحث الثالث

فى

الاتفاقات الخاصة بتنفيذ الأحكام الأجنبية

٣٩٠ — وقد عقدت مصر اتفاقين بشأن تنفيذ الأحكام الأجنبية وما يأتى بها : الأول مع السودان^(١) ، وتم الاتفاق بطريقة غريبة اذ اتفقت نظارة

(١) وهالك نصوص هذه القوانين ، ولا شك فى وجوب معاملة الأحكام السودانية فى مصر بالمثل تطبيقا لشرط التبادل :

١ — يكون الحكم الصادر من محكمة مصرية فى أية قضية مدنية أو تجارية (غير الحكم التمهيدى) مستندا قاطعا فى السودان بين طرفي الخصوم المقيدين بهذا الحكم فيما يفصل فيه من المواد .

٢ — يكون هذا الحكم مانعا مطلقا من تجديد الدعوى فى الموضوع نفسه فى السودان وذلك فيما عدا الأحوال التى تكون المحكمة المصرية قد حكمت فيها بعدم الاختصاص .

٣ — يمكن بوجه العموم تنفيذ الحكم المصرى فى السودان بواسطة اقامة دعوى يكون فيها للمدعى ذات الحقوق التى له حق فيها فى النيار المصرية بأقرب ما يسمح به التفاوت بين القوانين والاجراءات فى مصر والسودان وذلك ضد أى شخص يكون مقيما فى السودان أو يكون له أموال فيه .

٤ — الأحكام الصادرة من أجل دين أو مبلغ معين آخر لا حاجة لاقامة الدعوى ثانية فى السودان بالنسبة لها اذ أن الحكم ينفذ بالكيفية عينها كما لو كان صادرا من محكمة سودانية . ويجب أن يتوافر فى الحكم الشروط التى تجعله صحيحا من حيث الاختصاص والاجراءات الواجب اتباعها فى الأحوال الآتية : —

(أ) فى حالة حضور الشخص المراد تنفيذ الحكم عليه أمام المحكمة المصرية أو حضور من ينوب عنه قانونا أمام تلك المحكمة .

(ب) فى حالة ما تكون ورقة التكليف بالحضور أعلنت له فى القطر المصرى . =

الحقانية المصرية !! مع القلم القضائي لحكومة السودان على وضع قانون يعين قوة أحكام المحاكم المصرية في السودان على اختلاف أنواعها . وبناء على ذلك الاتفاق صدر في السودان قانون سنة ١٩٠١ بخصوص تنفيذ الأحكام الأهلية والشرعية، ثم قانون سنة ١٩٠٤ بخصوص تنفيذ الأحكام المختلطة . وظاهر أن علة صدور القوانين ترجع الى الاتصال السياسي الذي تقرر بين مصر والسودان بمقتضى معاهدة سنة ١٨٩٩ اذ من المعلوم أنه قبل ذلك التاريخ كانت السيادة القضائية واحدة ، ولكنها ازدوجت بعده . ولما كانت العلاقة بين البلدين بعد حصول المعاهدة ما زالت وثيقة فان الاتفاق السالف لم يتم بالطرق السياسية المعتادة بل تم وفقا للطريقة التي بينهاها .

= (ج) أن يكون المحكوم عليه من الرعايا المصريين الذين محل سكنهم أو اقامتهم الاعتيادية فيه .

(د) أو في حالة ما تكون الدعوى متعلقة بمال كائن فيه أيضا .

(هـ) أو كان سبب الدعوى عقدا حصل في القطر المصرى أو قصد تنفيذه كله أو بعضه فيه أو نشأ عن أمور وقعت فيه كلها أو جزء منها .

ويلزم في هذه الأحوال أن يظهر من الحكم أو من طريقة أخرى أن ورقة التكليف بالحضور أعلنت قانونا طبقا للقواعد المقررة في القوانين المصرية ، وعلى من يراد التنفيذ ضده أن يثبت عند ما يطلب للحضور أمام مدير الجهة الساكن فيها أو المولود بها ماله المراد التنفيذ عليه أنه لم يحضر أمام المحكمة المصرية أو أن الحكم قد تم الحصول عليه بطريق الغش .

ومع كل ذلك فان القواعد الواردة في القانون السودانى لا تسرى مطلقا على أى حكم مصرى يراد التمسك به أو التنفيذ بمقتضاه في السودان في الأحوال الآتية :

(ا) اذا كان الحكم فاصلا في ملكية عقارات موجودة في بلد غير القطر المصرى أو في وضع اليد عليها أو في شأن أى رهن أو حق عيني آخر عليها أو منح تعويضات أو بسبب ضرر حدث بالنسبة لها .

(ب) اذا كان الحكم صادرا ضد حكومة السودان أو أى موظف في تلك الحكومة بسبب أى عمل رسمى .

(ج) اذا كان الحكم صادرا في مادة الافلاس .

ففي هذه الأحوال لا يكون للحكم المصرى قيمة في السودان في كل ما ورد من القواعد المتقدمة .

أما الاتفاق الثاني^(١) فقد تم مع فلسطين في ١٢ يناير ١٩٢٩ . ويرمى هذا

(١) وهاء نصوص الاتفاق :

مادة ١ — الألفاظ الآتية يانها تؤدي في هذا الاتفاق المعاني الآتية ذكرها ما لم يستوجب سياق الكلام فهمها على وجه آخر .

المقصود من كلمة « حكم » كل حكم أو أمر صادر من محكمة في أية دعوى مدنية أو تجارية أو من محكمة دينية قائمة قانونا وقاض يدفع مبلغ من النقود سواء أكان صدوره قبل العمل بهذا الاتفاق أم بعده ولذلك كل قرار يصدره المحكمون في مادة من المواد المذكورة اذا كانت له بمقتضى القانون المعمول به في البلد الذي صدر فيه نفس القوة التنفيذية التي لأحكام المحاكم فيها . والمقصود من عبارة « المحكمة الأصلية » بالنسبة الى أى حكم : المحكمة التي صدر ذلك الحكم منها .

والمقصود من عبارة « محكمة التسجيل » بالنسبة الى أى حكم : المحكمة التي تسجل ذلك الحكم .

والمقصود من لفظة « الدائن » الشخص الذي صدر الحكم لصالحه وكذلك الذين يتلقون حقوقهم عن ذلك الشخص .

والمقصود من لفظة « المدين » الشخص الذي صدر الحكم عليه ويشمل كل شخص يمكن طلب تنفيذ الحكم ضده في البلد الذي صدر الحكم فيه .

مادة ٢ — كل حكم صادر من محكمة مدنية أو تجارية أو من محكمة دينية قائمة قانونا في القطر المصرى أو فلسطين يكون نافذا في كل من البلدين طبقا للإجراءات والمفروض الآتية :

مادة ٣ — ١ — يجب على الخصم الذي يريد تنفيذ حكم في القطر المصرى صادر من محكمة فلسطينية أن يستصدر في خلال سنة من تاريخ ذلك الحكم أمرا بتنفيذه من رئيس المحكمة الابتدائية الأهلية أو المختلطة (حسب الأحوال) الكائنة في دائرتها الجهة أو إحدى الجهات الواجب التنفيذ فيها ويستصدر هذا الأمر في صيغة الأوامر التي تحرر على عرائض الخصوم .

٢ — تسرى على أوامر التنفيذ التي تصدر في مصر وفقا لهذا الاتفاق القواعد المتعلقة بالنظم من الأوامر الصادرة عرائض الخصوم وبالمواعيد وبوجه عام جميع قواعد المرافعات المعمول بها في مصر بشأن مثل هذه الأوامر .

٣ — يجب على الخصم الذي يريد أن ينفذ في فلسطين حكما صادرا من محكمة مصرية أن يلتزم في خلال سنة من تاريخ ذلك الحكم أمر رئيس المحكمة المركزية التي سيحصل التنفيذ في دائرتها بتسجيل الحكم فيها .

٤ — الأمر بتسجيل الحكم في فلسطين يكون قابلا للفسخ بناء على طلب من قبل المدين وذلك بالطرق المقررة لفسخ تسجيل الأحكام أو طبقا للقانون الصادر في سنة ١٩٢٢ بشأن =

الاتفاق الى تسهيل تنفيذ أحكام كل من البلدين . وقد اعتبر الاتفاق أن الأحكام

= تبادل تنفيذ الأحكام أو طبقاً لأي قانون آخر يحل محله .

مادة ٤ - ١ - يجب على الدائن الذي يطلب تنفيذ حكم أن يقدم مع عريضته صورة من ذلك الحكم مستوفاة الشروط اللازمة لكي تعتبر صحيحة بموجب قانون البلد الذي صدر الحكم فيه ومشمولة بالصيغة التنفيذية ويجب أن يكون امضاء وختم السلطة التي حررت تلك الصورة مصدقاً عليهما من وزير الحفانية في مصر أو من ينوب عنه بالنسبة للأحكام المصرية ومن السكرتير العام لحكومة فلسطين أو من ينوب عنه بالنسبة للأحكام الفلسطينية .

٢ - يجب على الدائن أن يثبت لرئيس المحكمة التي يطلب منها التنفيذ أن الحكم المطلوب تنفيذه ليس بمصدده معارضة أو استئناف لم يفصل فيه وذلك ما لم يكن هذا الحكم بحسب قانون البلد الذي صدر فيه مشمولاً بالنفاذ المؤقت ولو مع حصول المعارضة أو الاستئناف .

مادة ٥ - ليس لرئيس المحكمة الذي يطلب منه أمر التنفيذ أن يبحث في موضوع الدعوى مطلقاً وليس له أن يرفض إصدار الأمر بالتنفيذ أو بالتسجيل إلا في الأحوال الآتية :

١ - إذا كانت المحكمة الأصلية غير مختصة بنظر الدعوى .

ب - إذا كان المدين لا يقيم عادة في دائرة المحكمة الأصلية أو ليس له فيها محل تجارة أو لم يكن يتعاطى أشغالاً فيها وقت رفع الدعوى أو لم يكن طرفاً في عقد تجارى كان هو موضوع الدعوى وكان يراد تنفيذه كله أو بعضه في دائرة اختصاص تلك المحكمة ثم لم يحضر مختاراً أمام المحكمة ولم يقبل الخضوع لفضائها بطريقة أخرى أو يتفق على قبوله كما إذا كان على وجه الخصوص اتخذ له محلاً مختاراً في دائرتها .

ج - إذا لم يكلف المدين وقد كان مدعى عليه في الدعوى تكليفاً قانونياً بالحضور أمام المحكمة الأصلية ولم يحضر أمامها حتى ولو كان المدين يقيم عادة في دائرة المحكمة المذكورة أو كان له فيها محل تجارة أو كان قد اتفق على قبول الخضوع لفضائها .

د - إذا كان الحكم يقضى بإجابة طلب لا يجوز قبوله أمام محاكم البلد المطلوب التنفيذ فيه لأسباب تتعلق بالنظام العام .

هـ - إذا كان تنفيذ الحكم يتنافى مع المعاهدات أو الاتفاقات الدولية المعمول بها في البلد المطلوب التنفيذ فيه .

و - إذا كان الحكم المطلوب تنفيذه يناقض مناقضة مطلقة حكماً آخر صادراً بين نفس الخصوم وفي ذات الوقائع من إحدى محاكم البلد المطلوب التنفيذ فيه .

ز - إذا وقع من الخصم الآخر غش شخصي من شأنه التأثير في رأى القضاة أو إذا اعترف بأن الأوراق التي بنى الحكم عليها مزورة أو صدر حكم باعتبارها مزورة . =

التنصلية الصادرة في مصر أحكام أجنبية . وهذا هو الوضع الطبيعي (مادة ٧)
كما أن مدة الاتفاق قد حددت بخمس سنوات قابلة للتجديد سنة بعد أخرى
عند انتهاء المدة الأولى .

وأغلبية المبادئ المقررة في هذا الاتفاق مأخوذ بها قضاء في مصر بالنسبة
لتنفيذ الأحكام الأجنبية على العموم وبخاصة فيما يتعلق باستيفاء الشروط الخارجية
(مادة ٥) وأحكام الاختصاص العام (مادة ٧) . فوجود هذه المبادئ في
الاتفاق قاطع لكل شك فيما يتعلق بوجوب الأخذ بها وتطبيقها .

== مادة ٦ — أمر التنفيذ أو التسجيل يترتب عليه اعطاء الحكم الأجنبي نفس الأثر والقوة
التنفيذية التي تمكن من اتخاذ الإجراءات كما لو كان صادرا من إحدى محاكم البلد المطلوب التنفيذ
فيه . ويكون من اختصاص المحكمة التي أصدر رئيسها أمر التنفيذ أو التسجيل الفصل في كل
الاشكالات أو المنازعات التي تنشأ عن تنفيذ الحكم كما لو كان صادرا منها نفسها .

مادة ٧ — لا يسرى هذا الاتفاق بأي وجه من الوجوه على الأحكام الآتية الصادرة في
مصر أو فلسطين .

(١) الأحكام التي تفصل في ملكية أو حيازة الأملاك العقارية الواقعة خارج البلد الذي
صدر الحكم فيه أو في حقوق الارتفاق أو الرهن العقاري أو الحقوق العينية العقارية مهما كان
نوعها متى كانت متعلقة بعقارات واقعة خارج ذلك البلد .

(ب) الأحكام التي تصدر ضد حكومة أحد البلدين المتعاقدين أو ضد أحد موظفيها بسبب
أعمال قام بها أثناء تأدية واجبات وظيفته .

(ج) الأحكام التي تصدر من المحاكم التنصلية أو غيرها من المحاكم الأجنبية القائمة في مصر
بموجب الامتيازات أو غيرها في الاتفاقات الدولية .

مادة ٨ — (١) يسرى هذا الاتفاق لمدة خمس سنوات ويعمل به بعد تاريخ التوقيع عليه
بخمسة عشر يوما .

(٢) وإن لم تعلن إحدى الحكومتين المتعاقدين الأخرى قبل انتهاء مدة الخمس سنوات
بسنة برغبتها في تعطيل أثر هذا الاتفاق يستمر العمل به مدة سنة أخرى وهكذا على التوالي
سنة فسنة الى أن تنتضي سنة من تاريخ اليوم الذي تخطر به إحدى الحكومتين الأخرى بعدم
رغبة التجديد .

وضع هذا الاتفاق باللغتين العربية والانجليزية وكلاهما أصل معتمد .

الكتاب الثالث

في

الجنسية المصرية والمواطن والمقيم

تمهيد

٣٩١ — اذا نظرنا الى الأشخاص الذين يعيشون على اقليم دولة معينة وجدنا أنهم ينقسمون الى قسمين ، الوطنيين والأجانب . ولا شك في أن أغلبية مسائل تنازع القوانين ترجع في أساسها الى أن أحد طرفي العلاقة القانونية أجنبي يدين بالولاء لدولة أجنبية . ازاء هذه الاعتبارات كان من اللازم الوقوف على جنسية الأشخاص للتحقق من وصف العلاقة القانونية ، وبالتالي لمعرفة القانون المختص وكذلك المحكمة المختصة . والواقع أنه اذا أمكننا تحديد من هو الوطني سهل علينا تحديد من هو الأجنبي . ولكن لما كان الأجانب الموجودين على أراضى دولة ينتسبون الى دولة مختلفة ، فانه من الأسهل أن نبدأ بتحديد من هو الوطني ، اذ أننا نعرض بذلك لبحث جنسية واحدة ، ينظمها عادة قانون واحد .

وقد قلنا فيما مضى أن من رأى بعض الكتاب الابتعاد عن شرح أحكام قانون الجنسية في مادة القانون الدولي الخاص ، ومع اعترافنا بوجهة هذا الرأي من الوجهة العلمية البحتة فإننا مع ذلك نجرى على عكسه هنا احتراما للتقاليد التعليمية المرعية في أغلب كليات الحقوق في العالم ، ومقتضاها اعتبار دراسة الجنسية داخلة ضمن مادة القانون الدولي الخاص .

ونلفت الأنظار منذ البداية الى أن دراسة الجنسية تقوم على النصوص التشريعية الوطنية في كل دولة ، وأن النصوص في أغلب الأحيان وافية ، بحيث لا يرى حاجة للرجوع الى العادات الدولية أو الى غيرها من المصادر الأخرى في القانون الدولي الخاص ، كما هي الحال في مسائل تنازع القوانين . فلا محل هنا اذن للخلافات الشاسعة في الحلول ، ولا محل عادة للغموض لأن التشريع في مسائل الجنسية معتاد وشائع ، ويقصد به أن تجرى الدولة مقتضيات سيادتها على الأفراد الداخلين في تكوينها ، فهو تشريع في الأصل بعيد عن المساس بسيادات الدول الأخرى .

على أنه رغم كثرة النصوص التشريعية في هذا المجال ، فمن المشاهد أنها

تختلف اختلافاً بينا في كل دولة عنها في الأخرى . وهذا الاختلاف طبيعي لأن كل دولة عند تشريعها في مسائل الجنسية تتأثر بوجهة نظر فردية بمحنة ، اذ تعتبر مسائل الجنسية متعلقة بكيانها الذاتي وبوجودها في المجتمع الدولي ، ولكن ليس معنى ذلك أن لها حق الاعتداء على حقوق الدول الأخرى في هذا المنحى .

ولقد رأينا في خلال دراستنا للحلول العملية في مسائل تنازع القوانين في مصر أنه يقصد بالقانون الشخصى^(١) قانون الجنسية بالنسبة للأجانب ، وقانون الديانة بالنسبة للمصريين ، ولذا كانت دراسة الديانة في مصر ملحقة بدراسة الجنسية . ولكن لما كان بعض التشريعات يعتبر قانون الموطن بمثابة القانون الشخصى ، فان من المفيد أن ندرس الأحكام الخاصة بالموطن وفقاً لهذه الشرائع وعلى الأخص اذ لاحظنا أن الحركة التشريعية الحديثة تميل الى اخضاع أهلية الأشخاص لقانون موطنهم بدلاً من قانون جنسيتهم^(٢) .

ومما تقدم يتبين أن دراستنا في الكتاب الثالث تشمل الجنسية المصرية والموطن والدين على التعاقب ونبدأ بأكثرها أهمية وهي الجنسية المصرية .

(١) راجع قبله ٢٢٧ .

(٢) راجع قبله ٢٧٠ .

الفصل الأول

في

الجنسية المصرية

المبحث الأول

مبادئ أولية

٣٩٢ — أثارت مسائل الجنسية وما يتعلق بها أبحاثا كثيرة من جانب الكتاب والهيئات العلمية ، وعلى الأخص بعد الحرب العالمية ^(١) . وكان من الطبيعي ، بجانب تلك الحركة الفقهية ، أن تنشط الحركة التشريعية في هذا النطاق ، فما من دولة متمدينة الا وعدلت ونقحت في قانون جنسيتها بما يتفق مع مصالحها الجديدة ومع ما اكتسبته من تجارب في غضون الحرب ^(٢) .

٣٩٣ — فما هو المراد بالجنسية ؟ اذا سئل شخص عن جنسيته فانه يجيب بأنه مصري أو فرنسي أو انجليزي الخ . فما معنى ذلك ؟ لا شك في أن المقصود بيان انتسابه الى أمة معينة ، فيمكن اذن تعريف الجنسية في ضوء هذا المعنى السابق بأنها وصف في الشخص يفيد كونه عضوا في أمة معينة ^(٣) ، وهذا الوصف جزء من حالته السياسية ، ولا يقوم على وجوده علاقة قانونية بينه وبين هذه الأمة

(١) انظر المراجع الكثيرة التي أشير اليها في موسوعة القانون الدولي . ٩ . ٢٣٦ — ٢٤٥ ومجهودات الهيئات العلمية في نفس المرجع ٢٤٧ — ٢٤٩ .

(٢) وتوجد بيانات كافية في هذا الشأن في مؤلف Bourbousson وعنوانه *Traité générale de la nationalité dans les cinq parties du monde* وفيه استعرض المؤلف قوانين العالم بالنسبة لثلاث مسائل هامة وهي : ١ — مركز المرأة المتزوجة ، ٢ — التجنس ، ٣ — فقد الجنسية . وقد أخرج الكتاب في سنة ١٩٣١ .

(٣) قارن التعريف الذي قال به Weiss . ١ حيث يقرر أن الجنسية هي العلاقة بين شخص وأمة معينة .

وانما يقوم على وجود علاقة معنوية اجتماعية أساسها اتحاد في اللغة والجنس race والعادات والمطامع والرغبة في المعيشة المشتركة^(١).

ومعنى الجنسية السابق الذكر هو المعنى الدارج الجارى على الألسن ،
ولكن للجنسية معنى آخر فى لغة القانون ، فيعرفونها بأنها العلاقة القانونية بين
شخص ودولة معينة^(٢) ، فهل هناك فارق كبير بين التعريفين ؟

٣٩٤ — اذا نظرنا الى التعريف الأول وجدنا أنه يهتم بالوجهة الشخصية
اذ يعتبر الجنسية وصفاً فى الشخص قبل كل شىء ، وذلك بخلاف التعريف
الثانى الذى يهتم بالوجهة الموضوعية فيعتبر الجنسية علاقة قانونية . فوفقا للتعريف
الأول يمكن اعتبار العلاقة الموجودة علاقة اجتماعية ، والحال يخالف ذلك فى
التعريف الثانى ، اذ العلاقة القانونية بحثة تترتب عليها حقوق وواجبات معلومة .
وعلاقة الفرد بالدولة على الوجه السابق أقرب الى أن تكون علاقة تبعية ناشئة عن
انتساب appartenance الفرد للدولة ، أكثر منها علاقة طبيعية نشأت بسبب
تكامل ظروف معينة . وعلى أية حال فان التعريفين يقران بوجود علاقة
وانما الخلاف بينهما يدور حول وصف هذه العلاقة . واذا تأملنا فى الأمر وجدنا
أنه يصعب وصفها بأنها قانونية أو اجتماعية بحثة ، فهى فى الواقع مختلطة الطبيعة ،
وكثيرا ما أدت أطماع الدول الى جعلها صناعية أكثر منها طبيعية .

(١) قارن مؤلف Le Fur وعنوانه "Races, Nationalités, Etats" . باريس ١٩٢٢ .
١٠٠ حيث يقرر أن أهم العوامل فى تكوين الأمة ، والدولة بالتالى ، اللغة المشتركة ، ولو أن
هذا العامل لا يعتبر مقياسا وثيقا دائما ، اذ أن سويسرا دولة تتألف من أفراد يتكلمون لغات
مختلفة كما أن أهل ايرلندا يتكلمون الانجليزية ومع ذلك يتوقون دائما الى الانفصال عن إنجلترا .
وانظر بالنسبة لتأثير الجنس مؤلف Robert Redslob وعنوانه Le principe des nationalités
٧٠ — ٧٦ حيث يقرر أن للجنس تأثيرا غير مباشر فى الجنسية ٧٢ . ويقصد بالجنس الاتحاد
من حيث الميزات الخلفية الناتجة عن الامتزاج فى الدم .

(٢) قارن التعريف الذى قال به Valéry . ١٢٤ حيث يقرر أن الأمة من الوجهة القانونية
ان هى الا مجموعة أفراد خاضعين لحكم سيادة واحدة . وكذلك التعريف الذى قال به
Lerebours-Pigeonnière فى مختصر دالوز ٤٣ وهو أن الجنسية علاقة سياسية وقانونية تخلفها
الدولة باعتبارها شخصا دوليا بينها وبين فرد معين فتجعله عضوا فيها .

والظاهر أن للعوامل الاجتماعية والأرضية ethnologique دخلا كبيرا في التعريف الأول ، ولذا حدد علاقة الجنسية بأنها علاقة فردية بأمة لا بدولة كما في التعريف الثاني . ومعلوم أن هناك اختلافا بين الأمة والدولة ، فالأمة وحدة اجتماعية أرضية ، أما الدولة فوحدة قانونية سياسية ، أو بعبارة أخرى هي الأمة في وضعها القانوني ، فليست كل أمة دولة بل على العكس قد تتحد جملة أمم على انشاء دولة واحدة ، وقد تقسم الأمم رغم أنفها الى أجزاء كل منها يضم الى دولة كما كانت حال الأمة البولونية قبل الحرب العظمى الى أن استقلت بمعاهدة فرساي ، وكما هو حاصل الآن ، أن بعض أجزاء من الأمة الألمانية ، ومن الأمة المجرية قد ضم الى تشيكوسلوفاكيا ^(١) . فلوسارت الأمور على مجراها الطبيعي لأصبحت كل أمة دولة . وهذا هو مبدأ الجنسيات principe de nationalités الذي قال به Mancini في محاضراته الشهيرة بفلورنسا سنة ١٨٥١ ^(٢) . وخلاصة ما تقدم أنه ليس هناك في الواقع فارق كبير بين الأمة والدولة . ويمكننا أن نقرر أن الخلاف بين التعريفين ليس محسوسا من هذه الوجهة .

وفي اعتقادي أنه ربما كان من الأوفق أن نجمع بين التعريفين السابقين فنقول ، ان الجنسية وصف في الشخص يفيد وجود علاقة قانونية بينه وبين دولة معينة .

٣٩٥ — وكما تلحق الجنسية الأشخاص الذاتيين فانها تلحق أيضا الأشخاص المعنوية وذلك من باب المجاز فحسب ، فتمتع الشركات بالجنسية ^(٣) . كما يصح أيضا أن تلحق الأشياء فيعترف بالجنسية للسفن والطائرات .

(١) ويقولون ان حق الأمة في الظهور بظهرها القانوني الطبيعي وهو تكوين دولة لا يمكن أن يسقط بالتقادم قارن Weiss . ١ . ومختصر دالوز ٤٤ — ٤٥ .

(٢) قارن مؤلف Hauser وعنوانه Le principe des nationalités ١٩٢٦ ومؤلف Robert Redslob السابق الاشارة اليه وكذلك Messina . ٢ . ١١ .

(٣) انظر فيما بعد المبحث الخاص بالأشخاص المعنوية الأجنبية في مصر .

٣٩٦ - أما وقد انتهينا من تعريف الجنسية فيلزمنا أن نبين مقدار أهميتها من الوجهة العملية ، فما هي أهمية الجنسية ؟

لمعرفة جنسية الشخص أهمية كبرى ، إذ يمكننا بذلك معرفة من هو الوطني ومن هو الأجنبي . ويتمتع الوطنيون عادة بحقوق أوسع من الأجانب ، ولكنهم في مقابل ذلك يتحملون بالتزامات أشد^(١) . والواقع أن الحقوق السياسية مقصورة دائماً على الوطنيين دون الأجانب ، كما أن نصيب الوطني في الحقوق العامة أكبر فلا يصح مثلاً إبعاده عن أراضي الدولة ، ولا يصح كذلك تسليمه لدولة أخرى لأنه ارتكب جريمة على أراضيها ، وفوق هذا فإن للوطني الحق في التمتع بحماية الهيئات السياسية الوطنية عند ما يكون في الخارج ، وعليه القيام بالخدمة العسكرية . هذا بالنسبة للحقوق السياسية ، والحقوق العامة ، أما بالنسبة للحقوق الخاصة فانه قد يحصل أحياناً أن يتمتع الوطنيون بنصيب أوفر ، إلا أن أغلبية الدول تميل في الوقت الحاضر الى التسوية بين الأجانب والوطنيين في المعاملة وبخاصة اذا كان الأجانب متوطنين في أراضيها^(٢) .

والجنسية أهميتها أيضاً في حل مسائل تنازع القوانين ، إذ عليها تتوقف في بعض الأحوال معرفة القانون الذي يحكم المسائل الداخلة في نطاق الأحوال الشخصية لما هو معلوم من أن أغلبية الدول تخضعها لحكم قانون الجنسية ولو أن البعض الآخر يخضعها لقانون الوطن كإنجلترا والدانمارك مثلاً . أما في مصر فالجنسية من هذه الوجهة أهمية أكبر إذا رأينا النطاق الواسع الذي يطبق فيه

(١) ونظراً لوجود التبادل بين الحقوق والالتزامات يرى البعض أن الجنسية علاقة تعاقدية تبادلية كما سمينه بعد . قارن مؤلف Cogordan في الجنسية . ٧ وما بعدها . ويسير الفقه الحديث على عكس ما تقدم . قارن مختصر دالوز . ٤٧ .

(٢) وسنرى فيما بعد (الكتاب الرابع) أن الوضع مقلوب في مصر بالنسبة للحقوق العامة والحقوق الخاصة إذ يتمتع الأجانب الممتازون ومن يلحق بهم بامتيازات تجعل السلطات المصرية مقيدة تجاههم على خلاف ما هو سائد في أنحاء العالم المتمددين ، قارن مع ذلك أحكام المادتين ٣ و ٧ من دستور سنة ١٩٢٣ .

القانون الشخصى . كما أنه يرجع اليها من أجل تحديد الاختصاص العام للمحاكم المصرية ، وكذلك لتحديد الاختصاص الخاص لهذه المحاكم ، وذلك نظرا لتعدد الهيئات القضائية فى داخل البلاد .

ويضاف الى كل ما تقدم أن الدولة قد تعقد معاهدات مع دولة أو دول أخرى فمن المهم معرفة الأشخاص الذين يتاح لهم الاستفادة من أحكام هذه المعاهدات وهل هم من رعايا الدول الطرف فى المعاهدة أو لا (١) .

٣٩٧ — هذا وتوجد فى اللغة القانونية جملة اصطلاحات تستعمل للتعبير عن وجود علاقة تبعية بين شخص ودولة . فى اللغة الفرنسية يستعملون الاصطلاحات الآتية : *national ، citoyen ، ressortissant ، sujet* ويقابلها باللغة العربية وطنى ، مواطن ، تابع ورعية . فما هو الفارق بينها جميعا ؟ أما كلمة وطنى فيراد بها فى الوقت الحاضر كل من يتمتع بجنسية الدولة ولو أنه لا يتمتع بكامل الحقوق السياسية فالنساء الفرنسيات محرومات من حق الانتخاب ، وذلك لا يتعارض مع كونهن فرنسيات ، وكذلك الحال بالنسبة للنساء المصريات (٢) . والمواطن هو الشخص الذى يتمتع بجنسية الدولة مع تمتعه بكامل حقوقه السياسية . فكلمة وطنى اذن أوسع فى نطاقها من كلمة مواطن ولو أن هذه الأخيرة تمتع صاحبها بحقوق أكثر ، فهى أوسع من حيث الآثار المترتبة عليها . أما كلمة تابع فانها تشمل فى معناها الضيق *stricto sensu* الوطنيين الأصليين الحقيقيين دون غيرهم ولكن يدخل فى معناها الواسع ، وطينو الدول المحمية والدول تحت الانتداب ، وان كان العرف الدولى قد جرى على استعمال عبارة خاصة بهؤلاء

(١) فارن Pouillet . ٥٠ . وكذلك Surville ٦٦ — ٦٨ حيث يقرر أن بحث مسألة الجنسية يحصل عادة بطريقة فرعية عند نظر نزاع متعلق بالقانون الخاص .

(٢) انظر Cogordan . ٨ . وموسوعة القانون الدولى تحت كلمة *Nationalité* نبذة ١٩ حيث تجدد بعض تفصيلات مفيدة .

الأشخاص وهي كلمة administrés^(١) كما يدخل فيها الأشخاص الذين اكتسبوا حماية دولة أجنبية في بلاد تقوم فيها الامتيازات كمصر ، فالشخص الذى اكتسب حماية فرنسية أو ايطالية لا يعتبر فرنسيا أو ايطاليا من حيث الجنسية ولكنه مع ذلك تابع ressortissant فرنسا أو لايطاليا على حسب الأحوال . ونذكر بهذه المناسبة أن المعاهدة الألمانية المصرية التى تمت فى سنة ١٩٢٥ قد سوت فى نصوصها فى المعنى بين اصطلاحى national و ressortissant^(٢) . أما كلمة sujet فتشمل الوطنيين الحقيقيين وكذلك وطني الدول الأخرى التابعة . فالهندي يعتبر رعية انجليزية British subject ولكنه ليس انجليزيا حقيقيا ، اذ يطلق على الانجليزى الحقيقى عبارة British born subject ومع ذلك فمن الشائع استعمال كلمة sujet كمقابلة لكلمة ressortissant وسنبين فيما بعد المراد بكلمة رعية محلية فى مصر sujet local وذلك عند شرحنا لأحكام قانون الجنسية المصرى الأخير .

ونلفت النظر الى اصطلاح فرنسى قديم ، هو « allegéance » ومعناه « الولاء » . وما زال الكتاب الانجليز^(٣) يستعملونه حتى اليوم فى تعريفهم للجنسية وذلك بايراد مرادفه الانجليزى ، وهو كلمة allegiance . ويراد بهذا الاصطلاح الاشارة الى رابطة الولاء التى تربط الفرد بمليكه . فالفرنسى القديم

(١) قارن Pillet-Nihoyet حيث يشير الى أن هذه التسمية تشمل وطني الدول الواقعة تحت الانتداب ما عدا سوريا ولبنان حيث صدر حکمان من المندوب السامى الفرنسى منظمان لصفة المواطنين السوريين واللبنانيين وذلك فى سنة ١٩٢٤ . وقارن مجموعة « أصبجى وكولومباني » ١١٧ — ١٢٧ بشأن مركز هؤلاء الرعايا فى مصر مع تعقيب خاص للأستاذ أصبجى .

(٢) راجع المادة الرابعة من المعاهدة والفقرة المفسرة لها فى ملحق المعاهدة . بما قدثير التساؤل حول مركز أصحاب الحماية الألمانية سابقا . ونصوص هذه المعاهدة منشورة فى كتاب « أصبجى وكولومباني » ١٨١ وكذلك فى Clunet . ١٩٢٦ . ٢٢٩ .

(٣) راجع Dicey . ١٦٧ .

كان رعية ملك فرنسا ، كما هي الحال بشأن انجليزى اليوم اذ يعتبر أنه رعية جلالة ملك بريطانيا العظمى . فهذا الاصطلاح أثر من آثار الحكم الاقطاعى اذ يشير الى علاقة الولاء المطلق بين الموالى *vassaux* والسادة *suzerains* وقد انتهى استعماله فى فرنسا عقب الثورة الفرنسية^(١) .

٣٩٨ — رأينا أن الجنسية هي فى الواقع علاقة بين شخص ودولة معينة وأن هذه العلاقة تتحدد بنصوص تشريعية تضعها الدولة فتبين فيها من هم رعاياها الذين يساهمون فى تكوينها ووجودها . فهل تدخل هذه النصوص ضمن القانون العام أو القانون الخاص ؟ أو بعبارة أعم هل تعتبر الجنسية من القانون العام أو من القانون الخاص ؟

أشرت فيما مضى الى وجود خلاف كبير فى هذا الشأن وأعود اليه هنا مفصلاً . فمن الشراح الفرنسيين^(٢) من قال بدخولها فى القانون الخاص واستند فى ذلك على ما يأتى : أولاً — أن النصوص المتعلقة بالجنسية الفرنسية قد وضعت فى المجموعة المدنية فلم تكن جزءاً من القانون الخاص لاختارها المشرع مكاناً آخر . على أنه من السهل دفع هذه الحجة لأنه فى تشريعات دول متعددة قد وردت النصوص المتعلقة بالجنسية فى الدستور وكذلك فى قوانين منفصلة . وزيادة على ما تقدم فإن موضع النصوص التشريعية ليس من شأنه أن يغير أو يؤثر فى طبيعتها ، فهناك نصوص كثيرة متعلقة بالقانون العام وموجودة مع ذلك فى المجموعة المدنية الفرنسية ، ومثالها المادة الثانية الخاصة بالأثر اللارجعى للقوانين ، ونص

(١) وهناك أيضاً كلمة *indigénat* وتفيد الانتساب الى مقاطعة داخلية فى دولة كما هي الحال فى سويسرا . ولها استعمال خاص فى مصر سنشير اليه فيما بعد .

(٢) انظر *Surville* ٦٩ وتعليق *Audinet* على حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر فى ٢ فبراير ١٩٢١ . سبرى ١٩٢١ . ١ . ١١٣ . هذا وثلفت الأنظار بهذه المناسبة ، أن شرح الجنسية كان يرد عادة فى كتب القانون المدنى فى فرنسا ، وذلك على اعتبار أنها ضمن موضوعاته ومن هذا رأى أيضاً *Weiss* اذ يعتبر الجنسية جزءاً من حالة الشخص . مؤلفه الطول . ١ . ٦٩٤ .

المادة ٥٣٨ بشأن الملك العام الخ . فيجب اذن عدم الخلط بين الشكل والموضوع اذ انتهى عهد الرومان الذى كان فيه الشكل متغلبا على الموضوع . هذا ولقد صدر أخيرا فى فرنسا قانون سنة ١٩٢٧ ، وبه نظمت الجنسية الفرنسية تنظيما حديثا ، منفصلا عن المجموعة المدنية ، قائما بذاته ، وفى أعماله التحضيرية ما يدل على نية المشرع الظاهرة فى اعتبار الجنسية داخلة ضمن القانون العام ^(١) .

ثانيا — أن ثبوت جنسية معينة لشخص من شأنه أن يؤثر فى حقوقه الخاصة وفى حالته ^(٢) كما سبق أن أوضحناه . ولكن يرد على ذلك بأن ثبوت الجنسية لشخص من شأنه أن يؤثر من الجهة الأخرى فى حقوقه العامة أو السياسية وأن المشرع عند ما يضع تشريعا خاصا بالجنسية فانه يوجه انتباهها كبيرا الى الحقوق العامة والسياسية قبل كل شئ آخر ، وذلك نظرا لأن الدولة ترى هنا الى بيان الأشخاص الداخلين فى تكوينها ^(٣) . والواقع أننا اذا نظرنا الى الآثار المترتبة على الجنسية وجدناها أكثر اتصالا بالقانون العام منها بالقانون الخاص ^(٤) .

ثالثا — ان مسائل الجنسية تقع فى اختصاص المحاكم القضائية دون المحاكم الادارية ، وهذا يدل دلالة واضحة على أنها داخلة ضمن القانون الخاص ، ولكن

(١) راجع Pillet-Niboyet . ٩٧ حيث يشير الى تقرير Mallarmé فى هذا الصدد .

(٢) قارن Weiss المرجع السابق الاشارة اليه . وفى اعتقادنا أن تعلقها بالحالة ليس معناه أنها داخلة ضمن الأحوال الشخصية اذ أن الحالة هنا يراد بها الحالة السياسية *status civilis* لا الحالة العائلية ولذا نعتقد فى تعلقها بالنظام العام .

(٣) وعلى ذلك من المحتمل جدا أن تفرض الدولة جنسيتها على أشخاص لا يرغبون فيها ولكنهم مع ذلك يرغبون على تحمل هذه الجنسية ما دام ذلك فى مصلحة الدولة . فالجنسية على هذا الأساس مظهر من مظاهر سيادة الدولة الاقليمية راجع مقال Pillaut المجلة ١٩١٥ — ١٩١٦ — ١٤ .

(٤) قارن Bartin . ١ ، ٦ وكذلك مختصر دالوز ٤٦ ومقال De Lapradelle فى مجلة الدراسات التشريعية الفرنسية ١٩١٨ . ٣٥ .

يرد على ذلك أنصار الرأي العكسى بأن المحاكم القضائية تختص أحيانا بنظر مسائل داخلية ضمن القانون العام .

ولما عرض الأمر على محكمة النقض الفرنسية في دوائرها المجتمعة قضت بأن مسائل الجنسية هي من المسائل الداخلة ضمن القانون العام ، ولو أن نصوصها وردت في المجموعة المدنية . ولقد صدر هذا الحكم الهام في ٢ فبراير سنة ١٩٢١^(١) وسنرى أهمية هذه المسألة فيما يختص بسريان قوانين الجنسية على الماضى ومقدار التمسك بالحقوق المكتسبة .

والواقع أن قواعد الجنسية ذات طبيعة مزدوجة وذلك لتأثيرها في الحالة الشخصية للفرد من جهة وتعلقها بالدولة من جهة أخرى فيصعب القول بصفة مطلقة بأنها داخلية ضمن القانون العام أو ضمن القانون الخاص^(٢) . ومع ذلك فإن الرأي الراجح في أوروبا هو اعتبارها ضمن القانون العام ، وقد قال شارح Pillaut^(٣) بهذه المناسبة أنه إذا أتيح لى الاختيار بين القانون العام والقانون الخاص لآثرت القانون العام ، لأن الاعتبارات السياسية هي التي تسود غالبا عند التشريع في مسائل الجنسية . ولقد اتبعت المحاكم الزمنية في مصر هذا الرأي فاعتبرت الجنسية داخلية ضمن القانون العام ولم تعتبرها جزءا من الأحوال الشخصية فقضت بأنها هي المختصة بنظرها دون محاكم الأحوال الشخصية كما سنبينه عند الكلام في التنازع بين الجنسيات .

(١) وقد نشر أيضا في دالوز . ١٩٢١ . ١ - ١ وكانت القضية خاصة بإيقاف المدد فيما يتعلق بقانون الجنسية وذلك بسبب الحرب وفقا لما كان مقررا اذ ذاك في فرنسا بموجب دكرينو ١٠ اغسطس ١٩١٤ في مسائل القانون الخاص . فرفضت محكمة النقض تقرير الايقاف لأن الجنسية تدخل في نطاق القانون العام .

(٢) انظر بحث Barrault المنشور في المجلة ١٩٢١ . ١٤٧ وفي رأى بعض الكتاب أنه يمكن الاعتراف بوجود جنسيتين ، الأولى أصلية وتعلق بالقانون العام والثانية ثانوية وتعلق بالقانون الدولى الخاص أى بالمسائل الخاصة . راجع بحث Vissoher في مجلد معهد القانون الدولى ٣٣ . ٣٠ ولكن هذه الفكرة لما تصادف نجاحا .

(٣) في مقاله السابق الاشارة اليه .

٣٩٩ — وأعرض الآن لدراسة المبادئ الأساسية التي يقوم عليها التشريع في مسائل الجنسية . وأهم هذه المبادئ ، المبدأ الذي يقول بأن المشرع الوطني يتمتع بكامل حريته عند التشريع في مسائل الجنسية . ولقد تأيد هذا المبدأ التشريعي مرارا من محكمة العدل الدولية ^(١) ، في فتاويها الاستشارية ، وكذلك بمناسبة المنازعات التي رفعت اليها . أما تعليله فيتلخص في أن قانون الجنسية إنما يتصل اتصالا وثيقا بكيان الدولة ، اذ يبين من هم رعاياها الذين تتكون منهم ، اذ لك كان من الطبيعي أن يترك المجال حرا للمشرع كي يتاح له المحافظة على مصالح الدولة من الوجهات السياسية والاقتصادية والاجتماعية حسبما يراه ملائما . ومع ذلك فهذا المبدأ ليس مأخوذا به على إطلاقه بل ترد عليه بعض القيود ؛ وهذه القيود مقررّة اما لمصلحة الأفراد واما لمصلحة الدول الأخرى . وتتلخص الأولى في السماح للأفراد بتغيير جنسيتهم اذا أرادوا ، فلم اذن أن يكتسبوا جنسية جديدة اما عن طريق التجنس أو الزواج . وهذا النوع من القيود حديث العهد اذ كان من المقرر في العهد الاقطاعي أن الولاء لصاحب السلطان دائم . ويترتب على ذلك أن الوطني الذي يتجنس بجنسية أجنبية تلحق به عقوبات شديدة . أما الآن فلا أفراد الحق في تغيير جنسيتهم بشروط واجراءات لا بد من اتباعها حتى يعتبر تغيير الجنسية صحيحا على الأقل في نظر دولتهم الأصلية ، كما أنه قد زالت من الوجود تلك العقوبات القاسية القديمة .

وأراد نفر من الشراح تبرير حق الفرد في تغيير جنسيته فقالوا ان الجنسية الأصلية التي يتمتع بها الفرد منذ ولادته إنما تثبت له بفضل تعاقد مع دولته على ذلك ، وهذه هي النظرية المعروفة « بنظرية الجنسية التعاقدية » ، ومقتضاها أن الأفراد قد تعاقدوا مع دولتهم على اكتساب جنسيتها . وقد دافع عن هذه النظرية

(١) كما أخذت به اللجنة التحضيرية في مؤتمر التجميع الذي عقد تحت اشراف عصبة الأمم .

وانظر كذلك مقال De Lapradelle في المجلة ١٩٢٢ — ١٩٢٣ . ١٤٩ و Cogordan السابق الاشارة اليه ١٦ .

بمحاس الأستاذ Weiss^(١) واتخذها وسيلة للقول بأن للأفراد الحق في فسخ هذا التعاقد والالتقاء الى جنسية أخرى . ولكن هذه النظرية لم تصادف في النهاية نجاحا لأنه كثيرا ما تقرض الدولة جنسيتها فرضا على رعاياها بغير انتظار لرضاهم الصريح أو الضمني ، اذ كيف يمكن القول بأن للجنين أو حديث الولادة رضا معتبرا ، اللهم الا اذا كان ذلك عن طريق التحايل البحث المتناقض تناقضا صريحا مع الحقيقة الواقعة .

وهناك نقطة أخرى أثارها نظرية الجنسية التعاقدية ؛ وتدور حول معرفة ما اذا كان للشخص الحق في التمسك بالجنسية التي تقررت له على الأساس التعاقدى السابق حتى في مواجهة الدولة نفسها ، وكذلك هل يحق للدولة أن تتخلص من التعاقد بأية طريقة تراها ؟ ولنضرب مثالا لايضاح ما تقدم : اذا فرض أن شخصا يعتبر نفسه مصريا وفقا لأحكام قانون الجنسية المصري ، ومع ذلك فان دولة أخرى ادعت بأنه من رعاياها ، ولتكن هذه الدولة ايطاليا ، فاذا تم الاتفاق بين الحكومتين المصرية والايطالية على اعتبار هذا الشخص ايطاليا ، فهل يسرى هذا الاتفاق في مواجهة هذا الشخص أو أن له الحق في أن يصر على التمسك بجنسيته المصرية ؟ وان فعل فهل تعترف له المحاكم المصرية بهذا الحق أولا ؟ واذا لم تعترف له هذه المحاكم بهذه الصفة فهل يمكنه أن يرفع أمره الى محكمة دولية باعتباره شخصا من أشخاص القانون الدولى العام أو لا ؟ لا شك في أن المحاكم المصرية محرومة من أن تنظر في الاتفاق الذى تم بين الدولتين كى تقضى بعكسه لأن هذا الاتفاق

(١) راجع مؤلفه المختصر ٢ — ٣ وكذلك Cogordan . ٨ وما بعدها . الذى يعتبر أن سكوت الشخص على جنسيته الأصلية يفيد رضاه بها ، كما أنه يصعب القول بأن للدولة الحق في استبعاد رعاياها وفرض جنسية معينة عليهم رغم ارادتهم . وتجري أغلبية الفقهاء في الوقت الحالى على عكس الرأى المتقدم اذ يعتبرون الجنسية بمثابة حالة قانونية statut légal ومع ذلك فانهم يسلّمون للأفراد بحق تغييرها بشرط استيفاء الاجراءات المقررة قانونا قارن مختصر دالوز . ٤٨ . وأساس هذه الحرية في تغيير الجنسية بعيد عن فكرة التعاقد المفروض بين الدولة والفرد وانما يرجع الى مبدأ حرية الأفراد في اكتساب الجنسية التي تلائمهم قارن مؤلف Zeballos . ١ . ٢٣٣ .

عمل سلطة من جانب الحكومة المصرية فالحاكم ممنوعة من أن تبحث فيه أو في نتائجها . أما بالنسبة للمحاكم الدولية فالأمر مشكوك فيه ، لأن الخلاف ما زال قائماً بين علماء القانون الدولي العام على الاعتراف بالفرد كشخص من أشخاص القانون الدولي العام . فإذا اعترف للفرد بهذه الشخصية فلا شك عندئذ في حقه في أن يرفع أمره إلى المحاكم الدولية كي يتمسك بجنسيته^(١) .

٤٠٠ — وأعرض الآن لدراسة القيود المقررة لمصلحة الدول الأخرى . وهذه القيود بحسب الأصل تعاقدية ، اذ يحصل أن تتعاقد دولة مع أخرى بشأن رعاياها الذين يولدون مثلاً على أراضي الدولة الأخرى حتى لا تلحقهم جنسية الاقليم كما قد يقضى بذلك التشريع الوطني في الدولة الأخيرة^(٢) . وسبق أن أشرت إلى المعاهدة الإيطالية الفرنسية في سنة ١٨٩٧ التي وردت في هذا المعنى^(٣) .

وبجانب هذه القيود التعاقدية توجد قيود أخرى تقول بها مبادئ القانون

(١) قارن بحث Popikof في Clunet ١٩٢٦ . ١١٧٥ وطائفة الأحكام المختلطة التي أشار إليها ، ومؤلف Fauchille في القانون الدولي العام . ١ . نبذة ٣٩٧ وما بعدها .

(٢) اذ الأصل وجوب الأخذ بهذا التشريع الأخير ، ونشير بهذه المناسبة إلى أن هناك طائفة كبيرة من الكتاب تقرر أن الدول التي ما زالت خاضعة لنظام الامتيازات كمصر وتركيا سابقاً ، لا يمكنها أن تضع تشريعاً من شأنه التأثير في جنسية رعايا الدول المتنازعة الذين يولدون على أرض غير أرضها ، فهؤلاء الأشخاص ولو أنهم مولودون على الأراضي المصرية من آباء وأجداد قد يكونوا مولودين هم أيضاً فيها يستمرون على جنسيتهم القديمة ولا يمكن للمشرع المصري أن يلحقهم بالجنسية المصرية وسنرى فيما بعد أن نصوص قانون الجنسية العثماني الصادر في سنة ١٨٦٩ ، ونصوص قانون الجنسية المصري الصادر في سنة ١٩٢٩ قد ذهبت مع هذه النظرية إلى حد بعيد ورغم ذلك فقد أثار القانون العثماني الاحتجاج من بعض الدول كروسيا واليونان . قارن رسالة جان سابا المعنونة " L'Islam et la Nationalité " Paris ، ١٩٣٠ ١٢١ — ١٣٧ . وبخاصة الفقرة المتقولة عن Féraud Géraud في مؤلفه " La juridiction française dans les Echelles du Levant " الجزء الثاني . ٥٨ — ٥٩ .

(٣) وقارن مختصر دالوز ٤٨ . وموسوعة القانون الدولي . ٩ . ٢٥٨ بالنسبة للقيود التي قررتها معاهدات الصلح بالنسبة لجنسية الأقليات .

الدولى العام . فمن المقرر فى هذا الصدد أنه لا يسوغ للدولة عند ما تشرع فى مسائل الجنسية الخاصة بها أن تفرض جنسيتها على رعايا الدول الأخرى الذين لم يتوطنوا أو لم يولدوا فى أراضيها ، أو بعبارة أخرى ليس لها أن تفرض جنسيتها على أولئك الأشخاص الذين لا تربطهم بها رابطة معقولة . فان فعلت ذلك فانها تكون معتدية على حقوق الدول الأخرى التى لها بدورها حق التمتع بحرية واسعة فى التشريع فى مسائل الجنسية . فاذا فرض أن قابلت الدول هذا السلوك بالمثل اتفهنا الى التنازع والفوضى فى الجنسيات ، ولذا فان مبادئ القانون الدولى الوضعية ، وكذلك الطبيعية من شأنها أن تحد من حرية الدول فى التشريع فى مسائل الجنسية^(١) ، وكثيرا ما عقدت المؤتمرات للبحث فى توحيد المبادئ التى يقوم عليها التشريع فى هذا الموضوع وآخرها مؤتمر لاهاى فى سنة ١٩٣٠ وسأعود اليه فيما بعد .

٤٠١ — ومن المبادئ الهامة فى الجنسية المبدأ الذى يقول بوجوب عدم تمتع الفرد بأكثر من جنسية واحدة فى وقت معين^(٢) ، أو بعبارة أخرى مبدأ عدم تعدد الجنسيات *double nationalité* . ومقتضى هذا المبدأ أن يمتنع المشرع الوطنى على قدر الامكان عن وضع النصوص التى قد يؤدى تطبيقها الى تعدد الجنسيات للشخص الواحد ، ولا يمكنه ذلك الا اذا راعى النصوص الواردة فى التشريعات الأجنبية بشأن الجنسية ، وسنرى فيما بعد أن المشرع المصرى قد أباح للأجنى المولود فى مصر أن يتحصل على الجنسية المصرية عند بلوغه اذا ما أعلن

(١) قارن Anzillotti ترجمة Gidel . ١٩٠١ .

(٢) ويبدأ التمتع عادة بالجنسية من وقت الميلاد فيستمر الشخص على هذه الجنسية الى أن يستبدل بها غيرها فيجب عندئذ أن تسقط عنه الجنسية الأصلية وتبقى له الجنسية اللاحقة وهى الجنسية المكتسبة . وتقرر التشريعات عادة حق الشخص فى تغيير جنسيته ولو أنها تقيد فى بعض الأحيان بقيود . قارن Pillet-Niboyet . ٦٩ و ٧٣ ومؤلف Cogordan ١٤ — ١٦ وكذلك Valéry ١٣٤ — ١٣٦ حيث يقرر أن الاعتراف للشخص بجنسيتين فى وقت واحد فيه معنى الاعتداء على سيادتي الدولتين ، وإيجاد التنازع بينهما .

رغبته في ذلك ولكن بشرط أن يتنازل عن جنسيته الأجنبية القديمة ، وظاهر أن مناط هذا الشرط هو التحرز من جانب الشارع ضد تعدد الجنسيات ، ولكن مع ذلك توجد أحوال لا مناص فيها من تعدد الجنسية ، كما إذا أراد شخص أن يتجنس بالجنسية المصرية وذلك بعد استيفائه لكل الشروط اللازمة وفقا للقانون المصرى مع أن قانونه لا يبيح له هذا التجنس لسبب ما ، فإذا منح هذا الشخص الجنسية المصرية فإنه يتمتع في الواقع بجنسيتين .

٤٠٢ — وهناك مبدأ آخر يراعيه المشرع في تقنينه للجنسية ، وهو استبعاد حالات عدم الجنسية Heimatlosat على قدر الامكان ، لما هو معلوم من أن تحديد مركز هؤلاء الأشخاص عديمى الجنسية من الصعوبة بمكان ، وبخاصة فيما يتعلق بمسائل الأحوال الشخصية ، ولقد رأينا أهمية الجنسية في هذا الصدد ^(١) . وأخذ المشرع المصرى بالمبدأ السالف الذكر فلم يسقط الجنسية المصرية عن المرأة المصرية التى تزوج من أجنبى الا اذا كان قانون جنسيته يمنحها جنسية زوجها . ولكن مع ذلك فإن هناك أحوالا يتحقق فيها عدم الجنسية وفقا للتشريع المصرى ، كما اذا قبل مصرى وظيفة لدى حكومة أجنبية دون الحصول على رضا الحكومة المصرية فإنها قد تسقط عنه الجنسية المصرية في حين أنه لم يكتسب جنسية الدولة الأخرى ، وعلى ذلك يصبح هذا الشخص بلا جنسية .

٤٠٣ — وقبل أن أشرح أحكام قانون الجنسية المصرية الأخير الصادر في ٢٧ فبراير سنة ١٩٢٩ أرى ضرورة الادلاء ببعض بيانات تاريخية عن الجنسية على العموم وعن حالتها في مصر قبل صدور هذا القانون الهام .

٤٠٤ — وفكرة الجنسية في ذاتها حديثة الظهور اذ يرجع تاريخها فقط الى

(١) وعلاوة على أهمية الجنسية في مسائل تنازع القوانين فإن أهميتها تظهر أيضا في بعض النواحي الأخرى لصعوبة تحديد الحقوق العامة والسياسية والخاصة لعديمى الجنسية . قارن Pillet-Niboyet . ٦٧ و Cogordan . ١١ — ١٤ وكذلك Valéry ١٣٢ — ١٣٣ حيث يبين مضار هذا المسلك بالنسبة لهؤلاء الأشخاص وبالنسبة للدولة التى يقيمون على أرضها .

نحو قرن ونصف^(١). ومع ذلك فمن الثابت أن الناس كانوا قبل ظهورها ، يعيشون جماعات متجانسة ضاربة كل منها في ناحية من نواحي الأرض . فكان العضو في جماعة معينة معتبرا غريبا عن الجماعة الأخرى ، اذا ما ذهب للتوطن معها في اقليمها . واستمرت الحال كذلك الى أن ظهرت الديانة كرابطة جديدة التفت حولها الجماعات^(٢) . ومن هنا أصبح التمييز بين الأشخاص مرجعه دياناتهم ، فنشأت بينهم العداوات والأحقاد . وطالت الحروب بينهم الى أن ظهر الاسلام داعيا الى ضم الصفوف والاتحاد ، فمن اعتنقه من الناس اعتبر عضوا في الأمة الاسلامية التي سارت في سبيل التقدم والرشاد تحت قيادة رسول الله ، ومن لم يعتنق الدين الحنيف ، فان كان وثنيا وجب قتاله والقضاء عليه أو يسلم ، أما اذا كان من أهل الكتاب كالمسيحيين واليهود فمن الضروري العمل على اخضاع بلادهم لحكم المسلمين أولا ، فاذا ما خضعت عرض عليهم أن يدخلوا الديانة الجديدة بغير اجبار أو اكراه ، فان رفضوا وارتضوا مع ذلك الاقامة في دار الاسلام ولم يرحلوا الى دار الحرب ، وهي دار الكفار ، فعليهم أن يقوموا بدفع ضريبة الرؤوس نظير ما يستمتعون به من طمأنينة على أموالهم وأرواحهم وأعراضهم . وكان قدر هذه الضريبة ضئيلا ويسمى دافعه بالذمين^(٣) مسيحيين كانوا أو يهود . وبجانب هؤلاء الذمين الذين يعيشون في دار الاسلام يوجد المستأمنون ويراد بهم

(١) تارن Cogardan ٢١ — ٢٥ حيث بين ما جرت عليه الأمور عند اليونان والرومان ومؤداها حرمان الأجانب من التمتع بصفة مواطنين ولو ولدوا في داخل الامبراطورية . ومعنى ذلك اتباع مذهب حق الدم في تحديد من هم اليونانيون أو الرومانيون أي أن الجنسية اليونانية أو الرومانية — لو تسامحا في التعبير — كانت تقوم على الاعتبارات المتعلقة بالأشخاص لا اعتبارات الميلاد في الاقليم . وهذا المذهب الأخير كان مقررا في أيام العهد الاقطاعي . وسنرى فيما بعد أن التفريمات الحديثة تعمل على المزج بين المذهبين .

(١) راجع دروس Lévy-Ullmann اليسانس ١٩٣٥ . ٣٤٥ حيث يقرر أن اصطلاح الجنسية حديث لم يستعمله واضعوا المجموعة المدنية الفرنسية في سنة ١٨٠٤ اذ اعتادوا ايراد عبارة *Qualité de français* للدلالة على من يتمتعون بالجنسية الفرنسية .

(٣) تارن قبله ١٦٦ وما بعدها .

تلك الطائفة من الكفار التي أخذت الأمان من المسلمين وحضرت الى دار الاسلام في تجارة أو في عمل خاص بها . والأمان هو في الواقع ترخيص بالاقامة وكانت مدته سنة فأقل قابلة للتجديد . والمستأمنون معفون من دفع ضريبة ائزؤوس لأنهم في حكم الضيوف ولا يستفيدون من حماية الاسلام وساططانه سوى مدة وجيزة .

وخلاصة ما تقدم أن الأشخاص الذين يقيمون في دار الاسلام يمكن تقسيمهم الى ثلاثة أقسام . المسلمون والذميون ، والمستأمنون . فالمسلمون يتمتعون بكامل الحقوق خاصة وعامة وسياسية ، أما الذميون فمحرومون من الحقوق السياسية وبعض الحقوق العامة وملازمون مع ذلك بدفع الخراج ، بخلاف المستأمنون الذين لا يدفعون شيئاً ويشبهون بالذميين في مدة اقامتهم القصيرة . فإذا اعتنق الاسلام أحد الذميين أصبحت له كامل حقوق المسلم . وقد كان المسلمون جميعاً متساوين في الحقوق وذلك بغض النظر عن موطنهم أى سواء كانوا من بلاد العرب الأصلية أو من البلاد المغزوة كمصر وسوريا والعراق فالكل سواء في المعاملة^(١) . واستمرت الأمة الاسلامية في تقدمها تحت حكم الخلفاء الراشدين والأمويين والعباسيين الى أن ظهر الأتراك فتولوا قيادتها ، وأخضعوا جانباً كبيراً من ممالك أوربا . ولم يجد سلاطين الأتراك عن اتباع المبادئ السابقة فكان التقسيم الثلاثي متبعاً وأصبح المسلمون يعرفون باسم المواطنين *citoyens* والذميون باسم الرعية *sujets, Rayas* أما المستأمنون فهم الأجانب *étrangers* . ولا شك في أن أفراد القسم الأول هم المفضلون ومن عداهم في مركز دولهم ، الى أن ترعرعت الامتيازات الأجنبية بفضل تسامح سلاطين آل عثمان وضعفهم ، فبدأت حال المستأمنين في التحسن ، وطالبوا بحقوق وميزات جديدة تقرض فرضاً بعد أن كانت تمنح عن خاطر . وحاول الرعايا ، ولا ننسى أنهم غير المسلمين

(١) راجع رسالة Jean Saba ٣٦ وما بعدها وكذلك مؤلف Van Steen de Jebay وعنوانه "De la situation légale des sujets ottomans non-musulmans" بروكسل ١٩٠٥ .

المقيمين في تركيا ، التشبه بالمستأمنين وذلك عن طريق الحصول على حماية دولة أجنبية ، وبذلك يسقط عنهم دفع الضرائب رغم أنهم ينعمون بسلطة الدولة ، ورغم توطنهم على أراضيها منذ قرون بعيدة ، وليس هناك أية رابطة تربطهم بدولة أجنبية أكثر من رغبة هذه الدولة في توسيع سلطان محاكمها القنصلية وتحصيل الرسوم و ثمن الحماية التي تمنح لهؤلاء الرعايا . وسنرى في دراسة تاريخ الامتيازات في الأمبراطورية العثمانية أن الدول الأجنبية كانت تتنافس فيما بينها لحماية أكبر عدد ممكن من هؤلاء الأشخاص ، وزاد الطين بلة أن بعض الأتراك المسلمين تشبهوا أيضا بالرعايا في طلبهم حماية دولة أجنبية وذلك هربا من سلطان حكومتهم الوطنية . فلما شعر سلاطين تركيا بتقلص سلطانهم على رعاياهم وعلى نفر من المسلمين رأوا أن يعملوا على ملافاة الحال فقرروا العدول عن التفرقة في المعاملة بين المواطنين المسلمين والرعايا غير التابعين فعلا لدولة أجنبية ، وتقرر ذلك بناء على خط كلخانة في سنة ١٨٣٩ ^(١) ، وتأيد هذا المبدأ الجديد بعد ذلك بمقتضى الخط الهايونى الصادر في سنة ١٨٥٦ ، وبمقتضاه فتحت أبواب الوظائف العامة والجيش أمام المسلمين والرعايا بغير تمييز . ولا شك أن في ذلك خروجا على المبادئ الإسلامية القديمة التي تقصر هذه المزايا على المسلمين ولكن دعى تغير الظروف الباب العالى الى الجنوح عن هذا السبيل كي يحتفظ بسلطانه وكيانه . ومنذ ذلك الوقت بدأت فكرة التمييز بين الدين وبين الجنسية ، وزال ما كان مقرا من قبل من أن الاسلام دين وجنسية . وأصبحت الجنسية لا علاقة لها بالدين الاسلامى . وقد خطا الباب العالى بعد ذلك خطوة جريئة فأصدر قانون الجنسية في سنة ١٨٦٩ ^(٢) على نسق التشريعات الأوربية ولم يخلط بين الدين والجنسية وأصبح من الممكن أن يكون الشخص يهوديا أو مسيحيا ومع ذلك

(١) قارن مؤلف Arminjon « الأجانب وأصحاب الحماية في مصر » ١٩٠٣ ٥ — ١٣ .

(٢) راجع Arminjon المرجع السابق ٣٣٨ مذكرة الباب العالى بشأن قانون الجنسية العثمانى واعتراضات الدول بشأنه .

يتمتع بالجنسية العثمانية أى تكون له سائر الحقوق كالمسلم العثماني^(١) .

٤٠٥ — ولما كانت مصر فى ذلك الوقت اىالة عثمانية فان المبادئ السابقة كانت سارية فيها . ومعنى ذلك أن مصر لم تعرف الجنسية الا منذ سنة ١٨٦٩ ، وقد مرت فيها بعد ذلك بأدوار ثلاثة نلخصها فيما يلى : —
الدور الأول : ويبدأ من سنة ١٨٦٩ وينتهى فى ٥ نوفمبر سنة ١٩١٤ .

وهذا التاريخ الأخير هو تاريخ انفصال مصر عن تركيا ، وقبله لم يكن للمصريين جنسية خاصة بهم بالمعنى المفهوم ، بل كانوا معتبرين عثمانيين تسرى عليهم أحكام قانون الجنسية العثماني الصادر فى ١٩ يناير سنة ١٨٦٩ ، ويتكون من تسع مواد^(٢) . ولكن رغم تبعية مصر لتركيا قانونا فانها كانت متمتعة فعلا

(١) قارن حكم ٢٨ ابريل ١٩٢٥ . م . ت . م . ٣٧ . ٣٦٨ . و ١٥ ديسمبر ١٩٢٥ .
م . ت . م . ٣٨ . ١٢٦ .

(٢) وهناك نصوص القانون العثماني :

- ١ — يكون عثمانيا كل شخص ولد من أبوين عثمانيين أو كان أبوه عثمانيا .
- ٢ — يجوز لكل شخص ولد فى الديار العثمانية من أبوين أجنبيين أن يسترد الجنسية العثمانية اذا طلب ذلك فى خلال ثلاث سنين من بلوغه سن الرشد .
- ٣ — يجوز لكل أجنبي بالغ سن الرشد وأقام فى الديار العثمانية مدة خمس سنين متواليات أن يحصل على الجنسية العثمانية اذا قدم طلبا الى وزارة الخارجية اما مباشرة واما بواسطة .
- ٤ — يجوز للحكومة أن تمنح الجنسية العثمانية بصفة استثنائية اذا لم تتوافر الشروط المذكورة فى المادة السابقة متى تبين أن الأجنبي يستحق هذه المنحة الاستثنائية .
- ٥ — يعتبر العثماني الذى حصل على جنسية أجنبية بتصريح من الحكومة أجنبيا ويعامل بهذه الصفة ولكنه بالعكس اذا تجنس بجنسية أجنبية بدون تصريح سابق من الحكومة يعتبر تجنسه بالجنسية الأجنبية باطلا ويستمر اعتباره من كل الوجوه من رعايا الحكومة العثمانية ، ولا يمكن لعثماني فى كل الأحوال أن يتجنس بجنسية أجنبية الا بعد حصوله على تصريح بمقتضى ارادة امبراطورية .

- ٦ — ومع ذلك يجوز للحكومة أن تقرر زوال الجنسية العثمانية عن أى عثماني تجنس وهو فى الخارج بجنسية أجنبية أو قبل القيام بواجبات عسكرية فى خدمة حكومة أجنبية بدون تصريح من الحكومة العثمانية وفى هذه الحالة يترتب على زوال جنسيته العثمانية أنه يمنع بنص القانون من الدخول فى الامبراطورية العثمانية .

باستقلال داخلى فى ادارة شئونها مع ملاحظة وجود الاحتلال البريطانى . وقد أدى هذا النوع من الاستقلال الذاتى الى الاعتراف بشخصية خاصة للمصريين تميزهم عن الرعايا العثمانيين العاديين . ومن هنا نشأت فكرة الرعايا المحليين « *sujets locaux* » . فهؤلاء الرعايا المحليون عثمانيو الجنسية ، ولكن تلحقهم فوق ذلك صفة أخرى اضافية ، هى صفة الرعية المحلية اذا ما استوفوا شروطا خاصة وردت فى قوانين مصرية خاصة . وهذه الشروط متغيرة بتغير القوانين ، وذلك تحقيقا لأغراض محلية . فعندما أريد تحديد من لهم حق الانتخاب صدر أمر عال فى ٢٩ يونية ١٩٠٠ ^(١) مبينا للشروط اللازم توفرها فى الرعايا العثمانيين جنسية حتى

٧ = — يجوز للمرأة العثمانية التى تزوج بأجنبى أن تسترد جنسيتها العثمانية اذا توفى زوجها ويكون ذلك بتقرير يقدم منها بهذا المعنى فى خلال ثلاث سنين من تاريخ وفاة الزوج ولا تسرى هذه القاعدة الا على شخصها ، أما أملاكها فتظل خاضعة للقوانين واللوائح العامة التى تحكمها من قبل .

٨ — اذا تنحس عثمانى بجنسية أجنبية أو زالت عنه الجنسية العثمانية فان أولاده وان كانوا صغارا لا يتبعونه بل يستمرون عثمانيين وكذلك اذا أصبح الأجنبى عثمانيا فان أولاده لا يتبعونه فى الجنسية الجديدة بل يستمرون أجانب .

٩ — يعتبر كل شخص مقيم فى الديار العثمانية عثمانيا ويعامل كذلك الى أن تثبت جنسيته الأجنبية بصفة رسمية .

(١) وأهم نصوصه المادة الأولى وهى كالآتى :

(١) عند اجراء العمل بقانون الانتخابات الصادر فى أول مايو سنة ١٨٨٠ يعتبر حتما من المصريين الأشخاص الآتى يانهم .

١ — المتوطنون فى القطر المصرى قبل أول يناير سنة ١٨٤٨ وسنة ١٢٦٤ هجرية ، وكانوا محافظين على محل اقامتهم فيه .

٢ — رعايا الدولة العلية المولدون فى القطر المصرى من أبوين مقيمين فيه متى حافظ الرعايا المذكورون على محل اقامتهم فيه .

٣ — رعايا الدولة العلية المولدون والمقيمون فى القطر المصرى الذين يقبلون المعاملة بمقتضى قانون القرعة العسكرية سواء بأدائهم الخدمة العسكرية أو بدفع البدلية .

٤ — الأطفال المولدون فى القطر المصرى من أبوين مجهولين . ويستثنى من الأحكام المذكورة الذين يكونون من رعايا الدول الأجنبية أو تحت حمايتها .

تصح لهم مزاولة هذا الحق . وقد وصف هذا الأمر العالي هؤلاء الأشخاص الذين لهم حق الانتخاب بأنهم مصريون رعايا محليون *égyptiens sujets locaux* ، وسأعود إليه مفصلاً فيما بعد . وكذلك عندما أريد تحديد من له حق التوظيف صدر دكريتو ٢٣ يونيه سنة ١٩٠١ مقرر للأئمة المستخدمين الملكيين في مصالح الحكومة ^(١) ، كما صدر دكريتو ٤ نوفمبر ١٩٠٢ منظماً للقرعة العسكرية . وأهم هذه القوانين الخاصة بقانون الانتخاب السالف الذي رجع إليه المشرع مراراً فيما بعد . ويكفي أن تقرر هنا أنه في ذلك العهد لم تكن الرعوية المحلية جنسية تلحق الأشخاص في الخارج بل كانت وصفاً يعتبر في الداخل لتحديد علائق أهل البلاد المتمتعين بالجنسية العثمانية ، بالسلطات الحكومية .

الدور الثاني : ويبدأ من ٥ نوفمبر سنة ١٩١٤ — إلى ٢٦ مايو سنة ١٩٢٦ .

وهذا التاريخ الأخير هو تاريخ صدور أول مرسوم بقانون منظم للجنسية المصرية . ففي هذه الفترة لم يكن هناك تشريع خاص بالجنسية المصرية مع أنه كان من الطبيعي بعد تقرير الانفصال عن تركيا أن يصدر مثل هذا التشريع . ولذا ترددت المحاكم المختلطة ، في أول الأمر ، في تطبيق نصوص قانون الجنسية العثماني القديم ولكنها انتهت إلى ضرورة تطبيقه باعتباره جزءاً من القوانين المصرية يعمل به إلى حين صدور تشريع جديد ^(٢) . وقد كان من المنتظر صدور هذا التشريع بعد إعلان استقلال مصر في سنة ١٩٢٢ أو على الأقل بعد اعتراف تركيا بهذا الاستقلال في معاهدة لوزان سنة ١٩٢٤ ، ولكن مع ذلك لزم المشرع جانب الصمت حتى مايو سنة ١٩٢٦ ، ويظهر أن أسباب هذا الصمت الطويل سياسية ترجع في أغلبها إلى وجود الامتيازات الأجنبية .

(١) وكان قد صدر قبل ذلك دكريتو ٤ نوفمبر ١٨٩٣ بشأن الشروط اللازمة للتوظيف في المحاكم الأهلية .

(٢) انظر ٩ مايو ١٩١٧ م . ت . م . ٢٩ . ٤٠٩ و ٣ يونيه ١٩٢٤ م . ت . م . ٣٦ . ٤٠٣ و Messina . ٢ . ١٥٩ — ١٦١ وكذلك قارن أبو هيف بك . ٩٨ هامش (١) و (٢) .

وجدير بالذكر هنا أن المشرع المصري قد أصدر في سنة ١٩٢٣ قانونا للانتخاب بين فيه من يتمتعون بهذا الحق عن طريق الرجوع الى الأمر العالى الصادر في سنة ١٩٠٠ .

فقانون ٢٦ مايو سنة ١٩٢٦ هو أول قانون مصرى منظم للجنسية المصرية التى انفصلت انفصالا تاما عن الجنسية العثمانية منذ ٥ نوفمبر سنة ١٩١٤ . ولكن هذا القانون كان منحوس الطالع^(١) اذ لم ير التنفيذ يوما من الأيام ، وقيل فى تعليق ذلك انه قد صدر بغير تروكاف ، وآية ما تقدم أنه أثار الاحتجاج من جهات سياسية مختلفة فاستمرت البلاد رغم تغير حالاتها السياسية محتفظة^(٢) بقانون الجنسية العثمانى القديم الى أن صدر قانون الجنسية الأخير فى فبراير سنة ١٩٢٩ .

الدور الثالث: ويبدأ من ٢٧ فبراير سنة ١٩٢٩ الى وقتنا هذا ، أى من وقت صدور قانون الجنسية المصرية الأخير الذى وضع أسس هذه الجنسية فتقح وعدل فى قانون سنة ١٩٢٦ ولا سيما فيما يتعلق بمركز الرعايا العثمانيين ، ويراد بهم هنا رعايا دولة تركيا بعد الانفصال ، وكذلك رعاياها قبل الانفصال الذين لم يكونوا معتبرين رعايا محليين^(٣) . وقد رجع هذا القانون فى تحديد جنسية المصريين الموجودين فعلا فى مصر وقت صدوره الى الأمر العالى الصادر

(١) وقد أعترض عليه فى مصر من وجهتين قانونيتين ، فقالوا عنه انه غير دستورى لصدوره بمرسوم بقانون . وهذا الاعتراض واه اذ أن المادة ٤١ من دستور ١٩٢٣ تعطى هذا الحق للسلطة التنفيذية فى حالة غياب البرلمان ووجود حالة الاستعجال التى ليس للمحاكم أية رقابة عليها ، أما الوجهة الثانية فقولهم ان هذا القانون غير نافذ على الأجانب لعدم عرضه على محكمة الاستئناف المختلطة . وظاهر ضعف هذا القول لأن قانون الجنسية المصرية لا ينظم علاقة الدولة المصرية بالأجانب وإنما ينظمها بالمصريين فاذا حصل تنازع مع قوانين الجنسية الأخرى الأجنبية فلهذا التنازع طرق خاصة تتبع فى حله قارن Messina . ٢ . ١٦٢ — ١٦٣ .

(٢) وذلك من الوجهتين الادارية والسياسية اذا لم تعمل وزارة الداخلية بقانون ١٩٢٦ وان كانت المحاكم لم تمتنع عن تطبيقه كلما رفع اليها نزاع فى هذا الصدد .

(٣) وفقا للأمر العالى الصادر فى سنة ١٩٠٠ كالمصريين والفلسطينيين والعراقيين الخ قارن مؤلف De Wee فى الجنسية المصرية ٤ .

في ٢٩ يونيه ١٩٠٠ بصفة أصلية . وفي هذا داليل واضح على أهمية هذا الأمر العالي .

ولقد وضع قانون سنة ١٩٢٩ موضع التنفيذ ولم تتناوله بعد يد التعديل ، وان كانت الحكومة التركية قد فاوضت الحكومة المصرية أمدا طويلا في عقد معاهدة من شأنها التأثير في أحكامه ولكن لم توفق هذه المفاوضات الى نتيجة حاسمة حتى اليوم .

والخلاصة أن قانون الجنسية المصرية المعمول به الآن هو قانون ١٩٢٩ ، ومع ذلك فإن هناك منازعات كثيرة تعرض في العمل بشأن الجنسية ، وتدور في أغلبها حول الأحكام التي كانت سائدة في مصر قبل صدور القانون السالف . ولذا سنشير الى الهام من هذه الأحكام عند شرحنا لأحكام قانون^(١) ١٩٢٩ .

المبحث الثاني

في

« شرح أحكام مرسوم بقانون سنة ١٩٢٩ »

٤٠٦ — رأينا أن الجنسية المصرية كانت محلا للشك والغموض قبل صدور مرسوم بقانون سنة ١٩٢٩ ، ولكن بصدوره تغيرت الأحوال ، اذ بين هذا القانون أسسها وأحكامها بصفة قطعية ، فسد بذلك تقصا كان ظاهرا في حياتنا السياسية والقانونية ، وذلك لأن قانون الجنسية من أولى القوانين التي يضعها كل بلد اعترف له بالشخصية الدولية^(٢) .

(١) ومن أراد بيانات تفصيلية بشأن هذه الأحكام القديمة فعليه الرجوع الى مؤلف Arminjon « الأجانب وأصحاب الحماية » ٦٨ — ٢٦١ . وأبو هيف بك ٩٢ — ١٣٧ كما يرجع الى مؤلف الأستاذ الزيني في شرح أحكام قانون ١٩٢٦ في الصحف الوافية ٢٥٢ — ٥٠٩ .

(٢) انظر المذكرة الايضاحية للقانون .

٤٠٧ — وقد صدر قانون الجنسية المصرى فى هيئة مرسوم بقانون وذلك لأن النظام النيابى كان معطلا وقت صدوره بموجب الأمر الملكى الصادر فى ١٩ يوليو سنة ١٩٢٨ الذى حل البرلمان بمجلسيه وقرر وقف الحياة النيابية لمدة ثلاث سنوات^(١).

٤٠٨ — وقد وضع قانون الجنسية الجديد موضع التنفيذ بعد بضعة أيام من صدوره ، اذ أنه صدر فى ٢٧ فبراير سنة ١٩٢٩ ونفذ ابتداء من ١٠ مارس سنة ١٩٢٩ ، وهو تاريخ نشره فى الجريدة الرسمية ، وذلك تطبيقا للمادة ٢٧ من هذا القانون . ولم يكن من المصلحة فى شىء التريث حتى تعود الحياة النيابية الى مجاريها الأولى وذلك نظرا لضرورة الاسراع فى سد النقص المبين فى تنظيم كيان الدولة المصرية وبيان من هم رعاياها . ومن الجهة الأخرى فان هذا القانون قد صدر بعد طول بحث وكبير عناية ، لذلك لم يكن هناك داع يدعو الى التأخير فى تنفيذه .

٤٠٩ — ويتكون قانون الجنسية المصرى من ٢٧ مادة شغلت منها الأحكام الوقتية جانبا كبيرا ، وموضعا هاما ، اذ تصدرت القانون ، مع أنه كان من الطبيعى أن تأتى فى ذيله وسأين حكمة ذلك فيما بعد .

وبصدور قانون الجنسية على حدة وبصفة منفصلة أغنانا المشرع المصرى عن الدخول فى الخلافات التى قامت على طبيعة الجنسية ، وهل هى داخلية فى القانون العام أو فى القانون الخاص ، اذ للجنسية طبيعتها الخاصة بها واتصالها بالقانون العام وبالقانون الخاص أمر ظاهر كما سبق أن بيناه . وربما أحسن المشرع المصرى فى تنظيمه للجنسية بقانون منفصل ، لأنه بذلك حفظ لها كيانها الخاص بها ، واتبع ما سار عليه أغلب المشرعين فى بلاد العالم المتمدنين .

٤١٠ — ولقد صادف المشروع المصرى صعوبات كثيرة فى وضعه لقانون الجنسية وليس أدل على ذلك من هذا التردد الذى طال أمره فى النهاية . وترجع هذه

(١) ولا شك أنه لا يقبل هنا أيضا الاعتراض الذى أثير بشأن دستورية قانون ١٩٢٦ .

الصعوبات في أغلبها إلى اعتبارات سياسية محضة . فمن الوجهة الدولية كان مركز مصر مشكوكا فيه بعد اعلائها الحرب على تركيا ، وعلان انجارتها حمايتها على مصر حماية من جانب واحد . ثم زاد الأمر تعقيدا بعد الحرب أن تمكنت انجارتها من الحصول على اعتراف من الدول بحمايتها . فأصبحت بذلك كل أمور مصر الخارجية في يدها ، وذهب بعض الانجليز في ذلك الوقت إلى القول بضرورة جعل مصر جزءا من الامبراطورية كالهند ، ومهدوا لذلك بأن وضعوا مشروعات قوانين ومجموعات جديدة ذات صبغة انجليزية لكي تحل محل قوانين البلاد^(١) . ولكن تبددت هذه الأحلام الجميلة كلها بفضل ثورة سنة ١٩١٩ ، اذ اضطر الانجليز تحت ضغط الحركة الوطنية أن يعترفوا باستقلال البلاد وبانتهاء الحماية البريطانية في تصريح ٢٨ فبراير سنة ١٩٢٢ . وهذا الاستقلال وان كان مقيدا بقيود ثقيلة الا أنه دليل قاطع على ثبوت الشخصية الدولية للبلاد ، وأن سكانها انما يدينون بالولاء لها دون أية دولة أخرى . وكان من اللازم بعد أن وضح مركز مصر الدولي أن يعمد أولو الأمر إلى وضع قانون منظم للجنسية المصرية ، ولكن يظهر أنه كان من الملائم ، وزيادة في التأكيد ، انتظار اعتراف تركيا بهذا الاستقلال . وقد تم ذلك بمقتضى معاهدة لوزان التي عقدت في ٢٤ يولييه سنة ١٩٢٣ . ومنذ ذلك الحين بدأ التفكير جديا في وضع تشريع للجنسية المصرية . ولكن ارتطم سلطان المشرع واختصاصه المطلق في مسائل الجنسية مع صخرة الامتيازات الأجنبية ، اذ يقول أصحابها انه لا يسوغ لنا وفقا لروح هذه الامتيازات أن نصدر تشريعا في مسائل الجنسية ، وهي من أمهات المسائل الحيوية في الدولة ، من شأنه أن يؤثر في جنسية السادة الأجانب ! ! الذين يولدون في بلادنا حتى ولو توطنوا فيها بعد ذلك أجيالا وأحقابا يكسبون عيشهم ويتمتعون بخيراتها وحماية حكومتها ، فيظلون على جنسيتهم الأجنبية دون أن يتحملوا بأي التزام نحو الدولة المصرية ، وذلك بفضل الامتيازات الأجنبية التي تخرجهم عن سلطانها وتجعل

(١) راجع محضر الجلسة الأولى للجنة الامتيازات في ٥ ابريل ١٩١٧ .

من كل جالية أجنبية ممتازة دويلة صغيرة خاضعة لسلطة قنصلها داخل حدود بلادنا . ومن الصعب وضع حد في تصوير المدى اللانهائي للمنازعات والمضايقات التي تنشأ عن هذه الحالة التي يرضى عنها كل الرضى ضيوفنا المستثمرون ! !

وعلاوة على ما تقدم فقد صادف المشرع صعوبات أخرى مرجعها علاقة التبعية التي كانت موجودة بين مصر وتركيا ، اذ من المعلوم أن كل المصريين قبل ٥ نوفمبر سنة ١٩١٤ كانوا معتبرين عثمانيين جنسية ، وليس من المعقول طبعا بعد الانفصال أن يعامل جميع العثمانيين الموجودين في مصر نفس المعاملة بأن يصبحوا مصريين داخلين في تكوين الدولة المصرية ، اذ من هؤلاء العثمانيين من يتمسك بجنسيته العثمانية القديمة أو تتمسك به دولته المنفصلة ، ومنهم من يتصل بالبلاد اتصالا وثيقا أوثق من غيره ^(١) مما يبيح تفضيله في المعاملة ، فكان على الشارع اذن أن يميز بين العثمانيين المقيمين في مصر ، فاعتبر البعض منهم مصريين حتما وبقوة القانون ، ومنهم من جعل اكتسابه للجنسية المصرية معلقا على طلبه لها فقط ، أو على طلبه بشرط أن لا يرفض طلبه وزير الداخلية بقرار يصدر منه بعد موافقة مجلس الوزراء . ولا شك في أن عملية التفضيل هذه من الدقة بمكان والوصول الى مقياس بشأنها لم يكن قط من الأمور الهينة وليس أدل على ذلك من عدول المشرع كلية عن قانون سنة ١٩٢٦ واصداره لقانون سنة ١٩٢٩ .

وبعد هذه التمهيدات القصيرة نعرض لشرح أحكام قانون الجنسية المصرية الأخير متبعين في ذلك ترتيبا علميا بعيدا عن ترتيب مواد القانون ، اذ أن المشرع قد تأثر في هذا الشأن باعتبارات خاصة فقدم وأخر في المواد بمبرر ظاهر في بعض الأحيان وبغير مبرر ظاهر في الأخرى .

١ - الجنسية المصرية الأصلية

La nationalité égyptienne d'origine

١١٤ - وقد تكلم عنها المشرع المصري في المادة السادسة التي أتت

(١) فارن مؤلف De Wee السابق الاشارة اليه . ٦ .

حاوية لفقرات أربع ، بينت الأحوال التي تفرض فيها الجنسية المصرية فرضاً .
ولذلك سمي البعض الجنسية الأصلية بأنها الجنسية المفروضة *la nationalité*
imposée ou d'attribution ^(١) .

والجنسية الأصلية في حكم القانون للمصري هي تلك الجنسية التي يتمتع بها
الإنسان منذ ولادته ، سواء كان أساساً جنسية الوالدين المصرية أو محل الميلاد
الذي أحاطت به ظروف أخرى تكفل الشارع ببيانها . ولقد أثار تحديد معنى
الجنسية الأصلية على العموم خلافات بين الكتاب ^(٢) . فمنهم من أخذ بالتعريف
الذي ذكرناه ومنهم من اعتبر أن الجنسية تكون أصلية إذا تمتع بها الفرد منذ
الولادة أو بعدها ولكن بسبب ولادته على أرض معينة . وستبين أهمية هذا
الخلاف عند ما نعرض لشرح المادة السابعة .

وعلى أي الأحوال فالجنسية الأصلية مضادة للجنسية المكتسبة . والجنسية
الأخيرة هي التي يكتسبها الشخص بعد ميلاده بسبب خلاف الميلاد كالتجنس أو
الزواج فهي بعيدة عن أن تكون مفروضة ولا تلحق الشخص منذ ميلاده ، بل
هي جنسية ثانية يتحصل عليها على خلاف جنسيته الأصلية ، ولذلك سميت هذه
الجنسية المكتسبة بأنها الجنسية الثانوية أو الجنسية المختارة ^(٣) .

٤١٢ — ويتبع المشرع الوطني في تحديده للجنسية الأصلية أحياناً
مذهب حق الدم *Jus sanguinis* . ومقتضاه أن الأولاد يأخذون جنسية آبائهم
بغض النظر عن محل ميلادهم أو محل ميلاد آبائهم . وظاهر أن هذا المذهب يقوم

(١) راجع De Lapradelle في بحثه *De la nationalité d'origine* ١٨٩٣ . ٩٤ وما
بعدها وكذلك بحث ولده Paul de Lapradelle المنشور في كتاب الجنسية لمعهد القانون المقارن
بكلية حقوق باريس ١٩٣٣ . ٢٠٩ .

(٢) راجع موسوعة القانون الدولي ٩ . ٢٦٦ وما بعدها هذا علاوة على المراجع التي
ذكرناها في الهامش السابق .

(٣) وفي الاصطلاح الفرنسي *La nationalité acquise* أو *La nationalité secondaire*
أو *La nationalité d'élection* .

على الاعتبارات الشخصية البحتة ، فعلاقة الدم هي في الواقع علاقة التربية والتهديب ، اذ يشب الولد متأثراً بمبادئ والده وأفكاره ، فاذا كان والده يدين بالخضوع والولاء لدولة معينة فانه يتبعه في ذلك الا اذا اختار جنسية أخرى بعد بلوغه . وكان هذا المذهب متبعاً في قديم الزمان عند اليونان والرومان ، وما زال متبعاً الى اليوم وبخاصة في الدول التي تضيق أرضها بأهلها فيرحلون عنها الى بلاد أخرى طلباً للرزق كالإيطاليين والألمان^(١) ، فانه وفقاً لقانون جنسية هذه الدول يحتفظ هؤلاء المهاجرون وأولادهم بجنسيتهم الأصلية . وأمثال هذه الدول تسمى بالدول المصدرة للرجال ، بخلاف دول أمريكا الجنوبية التي تسمى بالدول المستوردة^(٢) .

٤١٣ — ويحصل أن يتبع المشرع في بعض الأحيان مذهب حق الاقليم Jus soli ومن مقتضاه أن من يولد على اقليم معين يكتسب جنسيته وظاهر أن هذا المذهب لا ينظر الى العلاقة الروحانية بين الولد ووالده وانما ينظر الى العلاقة النفعية التي تتولد بين الشخص والاقليم بواقعة الميلاد والتوطن والاستفادة من هذا الاقليم وحماية حكومته . وقد كان هذا المبدأ عام التطبيق في عهد الأقطاع لأنه يتفق مع مبدأ اقليمية القوانين ومقتضاه كما رأينا أن القوانين تنطبق على كل القطن في الاقليم دون تمييز ، بخلاف المذهب السابق الذي يتفق مع مبدأ شخصية القوانين ومقتضاه أن القوانين تلحق الأشخاص في الخارج فتطبق عليهم رغم تركهم لاقليمهم الأصلي الى اقليم جديد . ومذهب حق الاقليم هذا ما زال مطبقاً بصفة أصلية في بلاد أمريكا الجنوبية لأن هذه البلاد مستوردة للرجال من الخارج فليس من مصلحتها في شيء أن يبقوا على جنسياتهم القديمة لما في ذلك من تهديد لاستقلالها وكيانها ، فتجربى قوانينها على فرض جنسيتها على كل من يولدون على

(١) وقد صدر في ألمانيا القانون المعروف باسم Delbrück ومقتضاه يجوز للألماني المقيم في البلاد الأجنبية أن يتمتع بجنسيتين في وقت واحد ، الجنسية الألمانية وجنسية البلد الأخرى .

(٢) وفي الاصطلاح الفرلسي pays importateurs و pays exportateurs .

أرضها^(١) .

٤١٤ — والغالب الآن أن يجمع المشرع بين المذهبين فيرجح أحدهما على الآخر وفقا لما تقتضيه مصالح بلاده . ففي بلاد القارة الأوربية يغلبون حق الدم بخلاف الحال في انجلترا فانهم يعاقون أهمية كبرى على حق الاقليم ، وأما بالنسبة لدول أمريكا الجنوبية فان كفة حق الاقليم راجحة رجوحا ظاهرا . وحرية المشرع في الاختيار ليست مطلقة بل مقيدة ببعض قيود طفيفة أخصها العمل على استبعاد تعدد الجنسيات وما يؤدي اليه من تنازع بين الدول المختلفة . وقد حكم القضاء الدولي ، كما سنبينه بعد ، في بعض منازعات من هذا النوع ، وآخر نزاع فصل فيه هو النزاع الخاص بجنسية المدعو « جورج سالم » . والواقع أنه يجب على الدول عند تشريعها في مسائل الجنسية الأصلية أن لا تغفل مصالح الأفراد الذين تقرر عليهم جنسيتها ، اذ لا معنى مطلقا لأن تتمسك بأفراد تركوها منذ سنوات طويلة ، وبخاصة اذا تركزت كل مصالحهم في دولة أخرى يهملها دون شك أن تقرر عليهم جنسيتها^(٢) .

٤١٥ — ولقد اتبع المشرع المصري هذين المذهبين معا ، ولكنه اعتمد بصفة أصلية على المذهب الأول ، أما المذهب الثاني فنصيبه منه ضئيل لأنه مظهر من مظاهر سيادة الدولة على القطان فيها ، اذ وفقا له يجبر المولدون في اقليمها على أخذ جنسيتها والولاء لسيادتها ، ولكن لما كانت سيادتنا على اقليمنا منتقصة ، وبخاصة بسبب الامتيازات الأجنبية كما هو معلوم فان هذا المظهر ضئيل عندنا ، ولذلك كان اكتساب الجنسية المصرية بسبب محل الميلاد مقيدا بقيود كثيرة

(١) راجع في هذا مؤلف Cogordan السابق الاشارة اليه ٢١ — ٢٥ ومقال Paul de Lapradelle السابق الاشارة اليه ٢١٠ — ٢١٢ حيث تجدد التطور التاريخي للمذهبين وبخاصة في فرنسا . وسنرى أن اختلاف التشريعات في هذا الشأن مؤد الى تعدد الجنسيات وبالتالي للتنازع .

(٢) ومنع لكل تنازع مقدما تجري الدول على توقيع اتفاقات يقصد بها منع تعدد الجنسية .

سنوضحها في حينها .

٤١٦ — والأساس الأول لاكتساب الجنسية المصرية الأصلية هو « حق الدم » أو بعبارة أخرى علاقة البنوة المصرية فيكتسب الولد جنسية والديه أو أحدهما . ولقد قررت المادة ٦ في فقرتها الأولى أنه « يعتبر مصرياً من ولد في القطر المصري أو في الخارج لأب مصري » . وهذه هي الحالة الأولى من أحوال اكتساب الجنسية المصرية الأصلية . فبناء على هذه الفقرة يصبح الولد مصرياً منذ ولادته إذا كان أبوه مصرياً سواء في ذلك أكانت الأم مصرية أم أجنبية^(١) . وتكتسب الجنسية المصرية هنا عن طريق الدم وإن تعددت الأجيال بخلاف الحال في بعض التشريعات الأخرى التي تحدد من الأجيال ، وتستلزم أحياناً أن يكون الوالد مولوداً على إقليم الدولة كالتشريع الإنجليزي مثلاً^(٢) . ويرى بعض رجال الفقه بهذه المناسبة أنه يجدر بالدولة أن تدقق في فرض جنسيتها على هؤلاء الأشخاص وبخاصة إذا كانت صلتهم بها قد انقطعت بفضل استمرارهم على الإقامة في الخارج مدداً طويلة ، وذلك منعا لتعدد الجنسية . وعلى أية حال فإنه وفقاً للتشريع المصري الحالي إذا ثبتت بنوة شخص من أب مصري فهو مصري ، ولو كان محل ميلاده في الخارج لأن الأساس هنا هو جنسية الأب لا محل الميلاد . ولا يشترط أن تثبت البنوة وقت الميلاد بل يصح أن تثبت فيما بعد ، حتى بعد بلوغ الولد أو تمتعه بجنسية أجنبية أخرى ، إذ جاء النص على إطلاقه ، ولأنه لا يمكن القول هنا بوجود حقوق مكتسبة إذ أننا أمام نص متعلق بالنظام العام لتأثيره في كيان الدولة^(٣) ، ولا يهم كذلك أن تكون الزوجية قائمة أو لا وقت الميلاد أو وقت ثبوت النسب ، الذي يصح أن يثبت بالاقرار أو بحكم كاشف لا منشيء . فإذا كان الوالد قد توفي وقت الميلاد فإن الولد يتمتع بالجنسية المصرية الأصلية ولا يتبع جنسية أمه إذا كانت أجنبية بأن كانت قد

(١) ويمكن تحقق هذا الفرض وفقاً للعادة ١٥/٣ من قانون الجنسية المصري .

(٢) انظر Dicey . ١٧٦ وما بعدها .

(٣) فارن الدكتور الزيني الجزء الأول ٢٦٥ — ٢٦٩ .

استردت تلك الجنسية عملاً بالمادة ١٤/١ أو ظلت أجنبية بحكم المادة ١٥/١ والقول بعكس ذلك فيه منافاة لروح التشريع كما يظهر ذلك جلياً من نص الفقرة الثانية من المادة السادسة التي سيأتى شرحها حالا .

٤١٧ — ولقد قام التساؤل حول الوقت المعتبر في تحديد جنسية الأب . هل هو وقت الميلاد أو وقت الحمل ؟ يحصل أحياناً أن يغير الوالد جنسيته بين هذين الوقتين ، كما أنه من المحتمل أيضاً أن يكون للأب جنسية أخرى وقت ثبوت النسب خلاف التي كانت له وقت الميلاد فإذا كان الحكم في هذه الأحوال ؟ اختلف الكتاب في الحكم الواجب الاتباع ولكن يظهر أن الراجح عندهم هو الأخذ بجنسية الأب وقت الميلاد دون الاعتداد بأية جنسية أخرى . وحجتهم في هذا أن وقت الميلاد هو أثبت الأوقات التي يمكن أن تمنح الجنسية على أساسه ^(١) .

والأحكام السابقة كلها مطابقة لما جاء في المادة الأولى من القانون العثماني الصادر في ١٩ يناير سنة ١٨٦٩ .

٤١٨ — رأينا في الفرض السالف أن ثبوت نسب الولد لأبيه المصري يكسبه الجنسية المصرية الأصلية ، فإذا كان الحكم لو لم يثبت هذا النسب من أبيه ولكن ثبت نسبه لأمه ؟ أجابت عن ذلك المادة السادسة في فقرتها الثانية بقولها « يعتبر مصرياً من ولد في القطر المصري أو في الخارج من أم مصرية ما دامت نسبته لأبيه لم تثبت قانوناً » ، فالمفروض هنا أن الولد غير شرعي ^(٢) ما دام نسبه لأبيه لم يثبت قانوناً وفقاً لمقتضيات القانون ، فلا يمكن إذن أن يأخذ الجنسية المصرية عن أبيه تطبيقاً للفقرة الأولى وإنما يمكنه أن يستفيد من الفقرة الثانية فيصبح مصرياً

(١) قارن موسوعات القانون الدولي . ٩ . ٣٣٣ وما بعدها . ومختصر دالوز نبذة ٨٧ وما بعدها .

(٢) قارن Messina . ٢ . ١٧٠ حيث يقرر أن نص المادة السادسة في فقرته الأولى والثانية مطلق فلا تشترط البنوة الشرعية ومن ثم يكتسب الولد الطبيعي جنسية أبيه أو أمه على حسب الأحوال . وهذا الحكم مفهوم بالنسبة للفقرة الثانية دون الفقرة الأولى إذ أن ثبوت بنوة الولد لأبيه يجب أن يتم وفقاً لأحكام القانون .

دون حاجة لأى اجراء آخر . وقد توسع المشرع فى هذا فلم يقصره فقط على الأحوال التى يحصل فيها الميلاد فى المملكة المصرية بل وأيضاً فى الخارج ، فكان اكتساب الجنسية المصرية وفقاً لهذه الفقرة يحصل بفضل النسب للأم أى بعلاقة الدم معها وبغض النظر عن علاقة الاقليم . وهذا الحكم من شأنه اذن أن لا يحرم الولد من الجنسية المصرية اذا كان مولوداً لأم مصرية فى الخارج ، فهو من هذه الوجهة أوسع مدى من نصوص القانون الفرنسى الصادر فى سنة ١٩٢٧ ، فان المادة الأولى (فرنسى) فى فقرتها الخامسة والسادسة وضعت قيوداً كثيرة فى هذا الصدد ، أهمها أن يكون الولد مولوداً فى فرنسا . وظاهر أن غرض المشرع المصرى من وضعه هذا النص محاربة حالة اللاجنسية Heimatlosat اذ الولد هنا لا يتمتع بجنسية أىه فاذا حرمناه من جنسية أمه أصبح بلا جنسية^(١) وهى رغبة محدودة من جانب الشارع . وفى اعتقادنا أنه ربما كان من الأوفق تقييده على الأقل بالتوطن فى مصر وبخاصة فى حالة الميلاد فى الخارج حتى تكون الرابطة بين الولد والدولة المصرية رابطة قوية جديرة باعطائه الجنسية المصرية ، اذ أن رابطة النساء وحدها لا تكفى عادة لاعطاء الجنسية ، ولأنه من المحتمل جداً أن يتحصل هذا الطفل فى حالة الميلاد فى الخارج على جنسية الاقليم الذى ولد فيه .

٤١٩ — على أنه اذا ثبت نسب هذا الولد لأبيه وكان أجنبياً فانه يأخذ جنسية أبيه وترتفع عنه الجنسية المصرية ، فالجنسية المصرية فى هذه الحالة يمكن أن تكون مؤقتة وليست نهائية . ولكن ماذا يكون الحكم لو كان الأب بلا جنسية ، أو كان قانونه يمنع من اعطاء جنسيته الى ولده الذى ثبت نسيه منه أخيراً؟^(٢) لم يرد بشأن هذه الحالة نص فى القانون ونعتقد أنه من الصعب أن نجري عليها حكم الفقرة الثانية من المادة السادسة وعلى ذلك يصبح هذا الولد بلا جنسية ، وهذا هو حكم القانون وان كان لا يتجانس تماماً مع الحكم الوارد فى

(١) الا اذا كان قانون البلد الذى ولد فيه يمنحه الجنسية .

(٢) ويتحقق ذلك فى حالة اذا كان تشريع الأب يعتمد فى الاعتراف بالجنسية الأصلية على

حق الاقليم دون غيره كأغلبية دول أمريكا الجنوبية .

المادة ٢/٦ اذ بمقتضاها يكتسب هذا الولد جنسية أمه المصرية اذا لم يثبت نسبه من أبيه فكان ثبوت نسبه من أبيه وانقلابه ابنا شرعيا يترتب عليه فقدانه الجنسية المصرية ؛ ولا يمنع هذا من جواز حصوله عليها فيما بعد عن طريق التجنس أو عن طريق الزواج اذا كان الولد أثنى . على أنه يخفف من شدة هذه النتيجة الساقطة القرينة الواردة في المادة ٢٢ والتي تقرر أن كل شخص يسكن الأراضي المصرية يعتبر مصريا الا اذا ثبت عكس ذلك .

٤٢٠ — وكما تكتسب الجنسية المصرية الأصلية على أساس الدم كما رأينا ، فان هناك أحوالا تكتسب فيها بناء على أساس الاقليم ، أى بناء على محل الميلاد . فمن يولد على الأراضي المصرية ولو من أبوين غير مصريين يمكن اعتباره مصريا اذا كان ميلاده مقرونا بظروف معينة ورد ذكرها في الفقرتين الثالثة والرابعة من المادة السادسة . فمن المقرر اذن ابتداء أن الميلاد وحده على الأراضي المصرية لا يكفي لاعطاء الجنسية الأصلية بل لا بد من وجود اعتبارات أخرى لها أهميتها . فتنص المادة السادسة في الشرط الأول من فقرتها الثالثة على أنه يعتبر مصريا « من ولد في القطر المصري من أبوين مجهولين » فالولد هنا لم يثبت نسبه من أبويه فلا يمكن اعطاؤه جنسية أحدهما ، ولم يرض المشرع بتركه بلا جنسية فاكفى برابطة الاقليم وحدها لاعتباره مصريا منذ ميلاده . وهذا النص مفيد من الوجهة الوطنية وكذلك من الوجهة الدولية ، اذ أنه مانع من وجود أشخاص بلا جنسية ، أى مانع من وجود اللاجنسية *apatridie* . ولذا يوجد نظيره عادة في تشريعات الدول الأخرى . فلم يكن هناك بد من أن يضعه المشرع المصري بدوره ولم يكن في مقدوره اذن أن يحرم هذا الشخص من الجنسية المصرية اذ لو فعل لخالف العرف الدولي ، الذي يجرى على أن أحق الدول بهذا الولد هي الدولة التي ولد على أرضها .

٤٢١ — على أن المشرع المصري قد أغفل النص على الحالة التي يكون فيها الأبوان معلومين ولكنهما كانا مع ذلك مجهولين الجنسية فهل يتمتع الولد في

هذه الحالة بالجنسية المصرية ؟ هذا ما يقول به الدكتور الزيني ^(١) من باب القياس والتشابه ، أما نحن فنشك في صحة هذا الرأي لعدم النص ، ولأنه لا يصح التوسع في مسائل الجنسية لخطورتها . وعلى العموم فإن هذا الفرض نادر عملاً .

وكذلك أغفل المشرع النص على الحالة التي يكون فيها الأبوان بلا جنسية أى انهما معلومان ولكن ثابت أن لا جنسية لهما . من المقرر هنا أن الولد يصبح بلا جنسية بدوره . وهذا الفرض أكثر شيوعاً من السالف .

والخلاصة أننا نرى أنه من الصعب أن نجرى حكم الفقرة الثالثة في شطرها الأول على الحالتين السابقتين . ولكن يخفف من شدة هذا الرأي تطبيق القرينة الواردة في المادة ٢٢ السالفة الذكر والتي بمقتضاها يمكن اعتبار هؤلاء الأولاد مصريين ^(٢) . ولكن ليس معنى ذلك أن لهم الجنسية المصرية لأنه لو كان الأمر كذلك جاز لهم التمتع بكل الحقوق ، وهذا ما رفضه به المشرع فقد حرمهم من مباشرة الحقوق السياسية . فالقرينة السالفة لا تمنح الجنسية المصرية لمن تنطبق عليهم .

والواقع أن الجنسية المصرية المقررة بمقتضى الفقرة الثالثة جنسية مؤقتة اذ لو ثبت نسب الولد لأحد أبويه الأجانب فالغالب أن يأخذ عنه جنسيته ، ويكون لهذه الجنسية عادة أثر رجعى أى أنها تلحق به من وقت ميلاده .

٤٢٢ — وينص الشرط الثانى من الفقرة الثالثة على حكم مكمل لحكم الشرط الأول وذلك في قوله « ويعتبر اللقيط *enfant trouvé* في القطر المصري مولوداً فيه ما لم يثبت العكس » ومعنى ذلك أن اللقيط سواء أ كان حديث الولادة *nouveau-né* أم لا ، فإنه يعتبر مولوداً في مصر ويكتسب الجنسية المصرية الأصلية . ومبنى هذا الحكم التشبيه في المعاملة بين حالة اللقيط وحالة المولود من

(١) راجع مؤلفه ١ . ٢٧٢ . ومؤلف *Pillet-Niboyet* . ١١٨ — ١٢٠ حيث أخذ بهذا الرأي نظراً لحالة النصوص الفرنسية وبخاصة المادة ٧/١ التي اعترفت بالجنسية الفرنسية لمن يولد لوالدين مجهولين الجنسية . فحكم القياس معقول في فرنسا دون مصر .

(٢) كما أنه من الممكن لهم اكتساب الجنسية المصرية عن طريق التجنس .

أبوين مجهولين ، اذ أن اللقيط وإن كان في الواقع مجهول الوالدين إلا أنه يصح أن يكون قد ولد في الخارج ، فهو اذن مجرد من علاقة النسب ومن علاقة الاقليم لولا أن الشارع اعتبر من باب القرينة القانونية التي تقبل الدليل العكسي أنه مولود في مصر فألحقه في الحكم بالأولاد المجهولين الأبوين^(١) . وهذا النص موفق في أغراضه . على أنه اذا ثبت أن اللقيط قد ولد في الخارج أو ثبت نسبه لأحد أبويه ارتفعت عنه الجنسية المصرية ، وعلى أية حال فإن مجال تطبيق هذه الفقرة الثالثة ليس شائعا عملا .

٤٢٣ — وتنص الفقرة الرابعة من المادة السادسة على حالة أخرى من أحوال اكتساب الجنسية المصرية الأصلية بناء على حق الاقليم^(٢) وذلك في قولها يعتبر مصريا « من ولد في القطر المصري لأب أجنبي ولد هو أيضا فيه اذا كان هذا الأجنبي ينتمى بجنسه *par sa race* لغالبية السكان في بلد لغته العربية أو دينه الاسلام » . ويستفاد من هذا الحكم أن المشرع المصري يعتبر أن الولد الذي يولد من أجنبي يكون أجنبيا ، ولكن من باب الاستثناء يعترف لهذا الولد بالجنسية المصرية اتباعا لمذهب حق الاقليم مضافا اليه بعض ظروف أخرى تقوى من شأنه . وتتلخص هذه الظروف في توفر ما يسمى بالميلاد المضاعف *double naissance* أى أن يولد الولد وأبوه على الأراضى المصرية . وفي أن ينتمى هذا الأخير بجنسه الى غالبية السكان في بلد لغته العربية أو دينه الاسلام ، فاعتبر المشرع أن اجتماع هذه الظروف كاف لاعطاء الجنسية المصرية للولد بطريقة قطعية .

٤٢٤ — ويشترط لاكتساب الجنسية المصرية على الأساس السابق شرطان : الأول : الميلاد المضاعف للولد وأبيه الأجنبي في الأراضى المصرية . فالميلاد المضاعف دليل على أن العائلة قد اعتزمت التوطن نهائيا في البلاد ، ومن المعقول أن تكون

(١) ولا يغير من هذا الحكم أن يكون اللقيط في كنف هيئة دينية أجنبية متى ثبت له الصفة المذكورة .

(٢) وحق الدم وحق الاقليم هما الأساسان المباشرين في اكتساب الجنسية المصرية الأصلية . بخلاف الأسس غير المباشرة التي ستعرض لها في حينها .

قد تأثرت مع تعاقب الأجيال بالحياة والأفكار المصرية مما يسهل اندماجها في المصريين . وفي الواقع لا يمكن القول هنا بأن تعدد الميلاد قد جاء من باب المصادفة البحتة اذ لو صح ذلك في المرة الأولى فانه يصعب الأخذ به في المرة الثانية (١) .

وغنى عن البيان أن النص لا ينطبق أيضا اذا كانت الأم الأجنبية مولودة وحدها في مصر والوالد غير معروف أصلا أو غير معروف الجنسية . كما أنه من اللازم أن يكون الولد شرعيا لأننا في مصر لا تقر نظام الولد الطبيعي الا بنص خاص (٢) لما في ذلك من مخالفة للنظام العام في بلد اسلامي . الثاني : أن يكون الأب منتشيا بجنسه لغالبية السكان في بلد لغته العربية أو دينه الاسلام . فتحقق الشرط الأول وحده غير كاف لمنح الجنسية المصرية الأصلية بطريقة قطعية مانعة من اختيار الولد للجنسية الأجنبية بعد بلوغه ، كما جرى على ذلك بعض المشرعين (كالمرشع الفرنسي في قانوني سنة ١٨٨٩ ، سنة ١٨٩٣) اذ حدد مدة قصيرة يصح فيها التنازل عن الجنسية الفرنسية فان مضت هذه المدة اعتبرت الجنسية الفرنسية قطعية ونهائية . لذلك استلزم المشرع المصري توفر شرط آخر اذا تحقق اعتبر الاندماج به قد تم ، وأنه يمكن اعتبار الولد في هذه الحالة مصريا حقيقيا منذ ولادته ، فلا يجوز له التخلي عن جنسيته المصرية بمحض اختياره ، فيصبح مصريا بقوة القانون . وهذا الشرط أساسه الشبه الكبير بين المصريين وبين أهالي البلاد التي تشكل الأغلبية فيها العربية أو تدين بالاسلام ، فالاتحاد في اللغة أو الاشتراك في الدين يدل في الغالب على اتحاد في الأفكار والمشارب . واذا أضفنا اليها الميلاد المضاعف أمكننا أن نفترض أن لهذا الولد اتصالا وثيقا بالبلاد وأهلها

(١) فاذا ثبت أن الوالد المولود في مصر من الأشخاص الذين لا جنسية لهم أو كان مجهول الجنسية فني اعتقادنا أن النص ينطبق اذا كان الولد يتسب بجنسه الى الأغلبية السابقة قارن الزيني ٢٧٦ — ٢٧٧ .

(٢) ومن رأى الأستاذ Messina أن النص عام فينطبق على الأولاد غير الشرعيين . قارن المادة ٢/٦ من قانون الجنسية .

مما يسوغ اعتباره واحدا منهم ، اذ في الواقع أنهم جميعا شريكون .
وقد اكتفى النص أن ينتمى الأب الأجنبي بجنسه فقط الى الغالبية في بلد
تكلم العربية أو تدين بالاسلام . فلا داعى اذن لأن يكون هذا الأب الأجنبي
منتصيا بجنسيته الى بلد توفرت فيها الشروط السالفة . فيصح على هذا الأساس أن
يكون هذا الأب هولنديا لأنه من أهل جاوة الذين فرضت عليهم الجنسية
الهولندية ، ومع ذلك فإن أولاده المولودين في مصر ينطبق عليهم النص السالف
أى يكتسبون الجنسية المصرية الأصلية اذا كانوا قد ولدوا هم وآباؤهم في مصر
ما داموا ينتسبون بجنسهم الى الأغلبية في بلد تدين بالاسلام . وينطبق نفس الحكم ،
بحسب الأصل ، على الأب الأجنبي التونسى أو المراكشى أو الطرابلسى الذى قد
يتمتع بالجنسية الفرنسية أو الايطالية على حسب الأحوال لأنه وان كان منتصبا
بجنسيته الى بلد لا تكلم الغالبية فيها العربية ولا تدين بالاسلام الا أنه ينتسب
بجنسه ، على العكس من ذلك ، الى الأغلبية في بلد يتكلم العربية أو يدين
بالاسلام أو بلد يجمع الشرطين معا ، فينطبق الحكم عليه اذا تحققت كل شروطه
السالفة (١) .

ورغم ما تقدم فانا نعتقد أن تطبيق هذا النص مقيد بالاتفاقات الدولية التى
عقدتها مصر مع فرنسا فى ١٦ يولييه سنة ١٨٨٧ بشأن التونسيين (٢) ، وفى ٢٥

(١) وينطبق الحكم السالف بالنسبة لأهالى العراق وايران وسائر الدول الشرقية الحديثة
وكذلك البانيا . وهذا رأى الذى نشير به قد قال به أيضا الأستاذ رياض فى كتابه ١٠٠ —
١٠١ معتمدا فى ذلك على مذكرة كتبها سعادة بدوى باشا وأورد نصها . ولكن يخالفه
الدكتور الزينى اذ يقصر تطبيق هذه الفقرة على الأشخاص الذين ينتمون بجنسيتهم وبجنسهم الى
بلد تكلم الغالبية فيه العربية أو تدين بالاسلام ٢٧٧ — ٢٨٠ . وتصعب معرفة مصدر هذا
القييد . فارجو مؤلف De Wee فى الجنسية المصرية ١٩٢٦ ، ١٢ هذا وينطبق الحكم من
باب أولى على الأشخاص الذين ينتسبون جنسية وجنسا الى دول لغة الأغلبية فيها العربية أو
دينها الاسلام ، وعلى العكس لا ينطبق على الأشخاص الذين تكون لهم جنسية هذه الدول
ولا ينتسبون الى جنس أهلها ، ويتحقق ذلك اذا ما كانوا قد اكتسبوا جنسيتها من طريق
التجنس .

(٢) وقد تقدمها اتفاق فى سنة ١٨٨٧ وأساسه تبادل عدة مراسلات فى هذا الصدد
انظر كتاب أصبجى وكولومباني ٢٢ وما بعدها .

مارس سنة ١٩٢٥ بشأن المراكشين^(١) ومع ايطاليا في ١٤ ابريل سنة ١٩٢٣

(١) ونظرا لأهمية هذا الاتفاق نورد هنا نصوصه :

(١) يعتبر من الآن فصاعدا مشمولين بالحماية الفرنسية في القطر المصري الأشخاص الذين أصلهم من مراكش (ما عدا المنطقة الواقعة تحت الادارة الأسبانية) المقيمون في القطر المصري من توفرت فيهم الشروط الآتية :

١ — أن تكون أسماؤهم مقيمة بناء على طلبهم في سجلات احدى القنصليات الفرنسية بالقطر المصري .

٢ — أن يكونوا مولودين خارج القطر المصري .

٣ — أن لا تكون مبارحتهم لمراكش الا بنية العودة اليها .

(٢) الاعتراف بصفة الحماية الفرنسية لأحد المراكشين يترتب عليه قانونا الاعتراف بهذه الصفة لزوجاته ولن كان قاصرا من ذريته في تاريخ التوقيع على هذا الاتفاق على أن للقاصر من ذريته المولود في القطر المصري إذا استمر مقيما فيه أن يطلب التجنس بالجنسية المصرية وذلك في ظرف سنة من تاريخ بلوغه سن الرشد كما أن للبالغ الآن من ذريته نفس هذا الحق اذا طالب به في ظرف سنة من تاريخ التوقيع على هذا الاتفاق ويعتبر بالغا سن الرشد من أتم الحادية والعشرين من عمره .

(٣) يكون لمن ولد في القطر المصري وبلغ الآن سن الرشد من ذرية مراكشين توافرت فيهم شروط المادة الأولى من هذا الاتفاق الحق في اختيار الحماية الفرنسية في ظرف سنة من تاريخ التوقيع على هذا الاتفاق فاذا لم يستعمل هذا الحق فليس لذريته أن يطالبوا بالتمتع .
ويحصل الاختيار باقرار كتابي يرسل الى وزارة الخارجية المصرية .

ويعتبر الأشخاص الذين وقع منهم الاختيار بهذه السكيفية أنهم مراكشين على الدوام ويكون اختيارهم نافذا على نسائهم والقصر من ذريتهم .

(٤) تقدم المفوضية الفرنسية الى وزارة الخارجية المصرية في ظرف ثلاثة شهور تبدأ من تاريخ التوقيع على هذا الاتفاق كشفا بالمراكشين المقيمة أسماؤهم في سجلات القنصليات بالفرنسية الذين تتوافر فيهم الشروط المنصوص عليها في المادة الأولى من هذا الاتفاق . ولا يسوغ بعد انتهاء هذه المدة تقديم أى كشف جديد بأسماء مراكشين الى الوزارة المصرية .

(٥) بعد تقديم الكشف السابق ذكرها تتفق وزارة الخارجية المصرية مع المفوضية الفرنسية على ابقاء الأسماء الواردة في هذه الكشف أو شطبها ونضع بالاتفاق مع المفوضية كشفا عاما نهائيا بأسماء المراكشين من الفئة المشار اليها في المادة الأولى المعترف لهم بالحماية الفرنسية على أنه يمكن تعديل هذا الكشف العام باتفاق الطرفين اذا اتضح فيما بعد أن أحدا =

بشأن الطرابلسيين^(١). وترعى الاتفاقات مع فرنسا الى الاحتفاظ لأولاد بعض

= من الأشخاص المقيدين في الكشف لم تكن تتوفر فيه الشروط المار ذكرها بان يكون قد خدع السلطات القنصلية والمحلية .

(٦) المراكشيون الذين لم تقيد أسماؤهم في الكشف النهائي عدا من كان له حق الخيار لا يجوز لهم بعد وضع هذا الكشف أن يدعوا بأنهم مشمولون بالحماية الفرنسية في القطر المصري .

وحق التمتع بالحماية الفرنسية المترتب على قيد الأسماء في الكشف النهائي سالف الذكر لا يشمل ولا يجوز أن يشمل في المستقبل الا نفس الأشخاص الواردة أسماؤهم فيه وزوجاتهم والقصر من ذريتهم كما سبق القول وذلك دون اخلال بما لهؤلاء الآخرين من حق الخيار المنصوص عليه في المادة النهائية من هذا الاتفاق .

(٧) يعترف في المستقبل بالحماية الفرنسية للمراكشين الذين يجيئون الى القطر المصري للاقامة بشرط أن تكون أسماؤهم مقيمة في سجلات احدى القنصليات الفرنسية في القطر المصري .

ولا يحصل القيد الا بتقديم شهادة من الحكومة المراكشية أو اشداد مصدق عليه قانونا من رئيس محكمة مدنية يثبت أن صاحب الشأن مراكشي الأصل .

ولا تصلح جوازات السفر لاثبات صفة المراكشي الا للمراكشين المارين بالقطر المصري .

(٨) يعتمد هذا الاتفاق ويتم تبادل الاعتماد بالقاهرة في أقرب وقت .

(١) ونظرا لأهمية هذا الاتفاق نورد هنا نصوصه :

(١) يعترف بصفة التبعية الإيطالية في القطر المصري اجداء من الآن للأشخاص الذين أصلهم من لوية (طرابلس و برقة) وكانوا قبل تاريخ ضمها الى ايطاليا مقيمين بالقطر المصري ولا يزالون مقيمين به منذ ذلك التاريخ مع الشروط الآتية فيهم :

١ — أن تكون أسماؤهم مقيمة بناء على طلبهم في دفاتر احدى القنصليات الإيطالية بالقطر

المصري .

٢ — أن يكونوا مولودين في لوية .

٣ — أن تكون مهاجرتهم من لوية على نية العودة اليها .

(٢) معرفة التبعية الإيطالية للوبي على مقتضى المادة السابقة ينجم عنها قانونا معرفة هذه الصفة لزوجته . ولمن كان من أولاده قاصرا في تاريخ ذلك الضم ومولودا في القطر المصري كان له اذا هو استمر في الاقامة بهذا القطر حق اختيار الجنسية المصرية في مدة سنة تحسب من تاريخ بلوغه أو من تاريخ توقيع هذا الاتفاق اذا كان الآن بالغاً .

التونسيين والمراكشيين بحماية فرنسا بشروط خاصة . أما المعاهدة الإيطالية فصریحة

(٣) = اللويون الذين تعرف لهم التبعية الإيطالية على مقتضى المادة الأولى من هذا الاتفاق يكون لأولادهم البالغين في تاريخ ضم لويه المولودين في القطر المصري حق اختيار الجنسية الإيطالية في مدة سنة فإذا أهملوا الاستفادة بهذا الحق فلا يكون لأولادهم أن يطالبوا بالاستفادة منه .

(٤) بما أن المفوضية الإيطالية قدمت الى وزارة الخارجية المصرية ثلاث كشوف للأشخاص المقيدة أسماؤهم في دفاتر القنصليات الإيطالية في القاهرة والاسكندرية وبور سعيد على اعتبار أنهم من الفئة المقصودة في المادة الأولى ويقصد أن تعرف لهم التبعية الإيطالية فقد حدد ثلاثة شهور تبديء من تاريخ توقيع هذا الاتفاق لتقديم كشوف اضافية الى وزارة الخارجية المصرية . ولا يجوز لأى لوى من تلك الفئة بعد انتهاء هذه المدة أن يدعى لنفسه التبعية الإيطالية في القطر المصري .

(٥) بعد فحص الكشوف المقدمة على هذا الوجه تتفق وزارة الخارجية المصرية مع المفوضية الإيطالية على ابقاء الأسماء الواردة في هذه الكشوف أو محوها وتقرر بالاتفاق مع هذه المفوضية كشفا عاما نهائيا للوى الفئة المقصودة بالمادة الأولى المعروفة لهم صفة التبعية الإيطالية .

على أن هذا الكشف العام يمكن تعديله بالاتفاق بين الطرفين وذلك في الأحوال المستقبلية التي يثبت فيها أن شخصا معينا ممن وردت أسماؤهم فيه لم يكن جامعا للمعروف المنصوص عليها فيما تقدم ويكون بذلك خدع السلطات القنصلية والمحلية ، أما الأشخاص الذين لا تكون أسماؤهم مقيدة في الكشف النهائي فلا يقبل منهم أن يطالبوا بحق التبعية الإيطالية ولا يشمل الاتفاق بالجنسية الإيطالية الناجمة عن قيد الأسماء في الكشف النهائي السابق ذكره ولا يمكن أن يشمل في المستقبل سوى الأشخاص الواردة أسماؤهم فيه وزوجاتهم والقاصرين بين أولادهم بغير اخلال فيما يخص هؤلاء القاصرين بحق الاختيار السابق ذكره في المادة الثانية من هذا الاتفاق .

(٦) اللويون الذين استقروا بالقطر المصري للمرة الأولى بعد تاريخ ضم لويه الى إيطاليا أو الذين يستقرون به في المستقبل يعتبرون في هذا القطر رعية ايطاليين على شرط أن تقيد أسماؤهم في دفاتر احدى القنصليات الإيطالية في القطر . ولا يقع التقييد الا بناء على تقديم شهادة من احدى محافظات لويه أو اشهاد مصدق طبق الأصول بمعرفة رئيس محكمة مدنية مثبت أو مثبتة تلك الشهادة الجنسية الإيطالية لصاحب الشأن .

ولا تصلح جوازات السفر لاثبات التبعية الإيطالية الا للويين المارين بالقطر المصري .

(٧) يستمد هذا الاتفاق ويتم تبادل الاعتمادين بالقاهرة في أقرب وقت يمكن فيه ذلك . واثباتا لما تقدم قد وقع الطرفان هذا الاتفاق باسميهما وختميهما .

قارن ١٧ يونيه ١٩٢٤ م . ت . م . ٣٦ . ٤٤١ الذى طبق أحكام هذا الاتفاق .

في الاحتفاظ لأولاد الطرابلسيين المولودين في مصر بالرعية الإيطالية من دون الجنسية المصرية ، وذلك بشروط خاصة ، فيكون القيد الذي تقول به هو أن نص المادة ٤/٦ لا ينطبق على أولاد الطرابلسيين في الحدود السالفة ، ولكنه ينطبق على التونسيين بدون شك لأن هناك فارقا بين الحماية والجنسية ^(١) ، وبخاصة لأن الجنسية التونسية باقية ولها قانونها الخاص بها ^(٢) ، أما بالنسبة للمراكشيين فإن نص المادة الثالثة من المعاهدة قد يثير بعض الشكوك ولكن يخيل لنا أن الغرض الأصلي من الاتفاق هو تقرير حماية فرنسا للمراكشيين دون التأثير في جنسيتهم التي لها قانونها الخاص بها ^(٣) ، والنتيجة إذن أن اكتساب هؤلاء الأشخاص (التونسيين والمراكشيين) للجنسية الفرنسية فيما بعد بمقتضى الدكرتات التي أصدرتها فرنسا في تلك البلاد لا يؤثر مطلقا في تطبيق النص المصري وخاصة أن الاتفاقات الحاصلة لا يقصد منها منع اكتساب هؤلاء للجنسية المصرية بل يقصد منها فقط حمايتهم ، وتسقط هذه الحماية باكتسابهم الجنسية المصرية ^(٤) وفقا لأحكام القانون أو الاتفاق نفسه .

ولكن ماذا يكون الحكم بالنسبة للجزائريين ؟ انتهت بلاد الجزائر الى أن تكون مقاطعة ضمن مقاطعات فرنسا ، حتى أن المشرع الفرنسي في قانون الجنسية

(١) انظر بعده البحث الخاص بأصحاب الحماية .

(٢) وعلى ذلك ينطبق نص المادة ٤/٦ على أولاد التونسيين ولا يمنع من ذلك الاتفاق الحاصل بين مصر وفرنسا لأن هذا الاتفاق إنما يعترف بحماية فرنسا للتونسيين بشروط خاصة فإذا زالت عن الأولاد صفتهم كتونسيين بأن أصبحوا في نظرية الحكومة المصرية مصريين بحكم قانون الجنسية . فإن الحماية التونسية تزول عنهم بالتبعية لأن أساسها (وهو الجنسية التونسية) غير مقرر عليه من الحكومة المصرية . ويلاحظ أن الجنسية التونسية محلية مقصورة على تونس . فالرعايا التونسيون في خارج بلادهم يتبعون فرنسا أي أنهم ressortissants لا sujets .

(٣) سواء باختيارهم أيها بعد البلوغ وفقا لنصوص هذه المعاهدات (راجع المادة الثانية من المعاهدة الخاصة بالمراكشيين . كولومباني ١١١) أو بميلادهم في مصر وفقا للمادة ٤/٦ .

(٤) انظر كتاب Bourbousson السابق الإشارة اليه ٩٩ .

الذى أصدره في سنة ١٩٢٧ نص في المادة ١٥ منه على أن هذا القانون سار أيضا على الجزائر ، ولكنه مع ذلك أباح للجزائريين الاستفادة من قرار مجلس الشيوخ Senatus-consulte الصادر في ١٤ يولييه سنة ١٨٦٥^(١) ، وكذلك من قانون ٤ فبراير سنة ١٩١٩ ، وبمقتضى هذين القانونين يصح للجزائريين أن يتحصلوا على صفة مواطنين citoyens فرنسيين اذا توفرت شروط خاصة^(٢) ، وهذا لا ينفي طبعا أنهم رعية فرنسية sujet اذا أننا عرفنا الفرق بين المواطن والرعية والوطني . فهل تنطبق المادة ٦/٤ على الجزائريين ؟ من الممكن القول بأن الجزائر قد أصبحت جزءا من فرنسا فهي اذن ليست بلادا قائمة بذاتها تتمتع بشخصية دولية ومن ثم لا ينطبق النص على الجزائريين لأنهم أقلية في فرنسا . على أنه يمكن القول من الجهة الأخرى بأن المشرع المصري لم يقصد أن يكون للبلد الذي ينتسب اليه الوالد بجنسه فقط شخصية دولية بل يكفي بتوفر الكيان المادى له ، والشخصية الدولية ان هي في الواقع الا اختلاق قانونى صناعى ، بعيد هنا عن أن يكون طبيعيا لما هو معلوم من أن لبلاد الجزائر وحدتها الطبيعية ولو أنها قد فقدت شخصيتها الدولية من الوجهة القانونية البحتة . وهذا الرأى الأخير هو الذى نميل الى تأييده ، وبخاصة لأنه لا يوجد اتفاق دولى بين مصر وفرنسا بشأن هؤلاء الأشخاص كالاتفاق الحاصل مع ايطاليا بشأن أهالى طرابلس ، الاعتبارين رعايا ايطاليين sujets italiens .

ولقد حاولت فرنسا في غضون شتاء سنة ١٩٣٢ أن تعقد مع الحكومة المصرية اتفاقا جديدا بشأن التونسيين ولكنها لم توفق ، وفى ذلك تأييد للرأى الذى تقول به من أن النص ينطبق حتما على أولاد التونسيين الذين يولدون في مصر على حسب التفصيل السابق .

٤٢٥ — وأساس القيد الذى اعترفنا به هو أن المشرع الداخلى لا يمكنه

(١) ولهذا القرار قوة القانون .

(٢) قارن Pillat-Niboyet ٨٤ و ١١٥ .

بمطلق ارادته أن يعطل تنفيذ الاتفاقات الدولية كما سبق أن أوضحناه ، ويخالفنا في هذا الرأي الأستاذ رياض^(١) حيث يقرر أن مسائل الجنسية من المسائل المتروكة لمطلق تقدير الدولة . وقد رأينا أن هذا المبدأ يقبل القيود ومنها المعاهدات فلا يمكن القول اذن بأن المشرع المصرى مطلق الحرية فى التحرر من قيود المعاهدات التى عقدها ، لأن مبدأ الحرية التشريعية السابق مقرر من حيث النطاق التشريعى وحده فلا يتجاوز به الى النطاق السياسى^(٢) .

ولعل وجود هذا القيد الذى تقول به^(٣) ، والذي أخذ به الدكتور الزينى أيضا مع اطلاقه اياه على كل المنتمين الى جنسية أجنبية من جنسية الدول الممتازة كان السبب فى اشتراطه وجود جنسية مستقلة ، حتى يمكن أن ينطبق النص ، وهذا ما رفضناه لما فيه من اضافة قيد جديد لم يقل به الشارع ، ولما فيه من توسع فى فهم روح الامتيازات الأجنبية .

ومن الجهة الأخرى فإن النص لا ينطبق اذا كان الأب منتما بجنسه الى الأقلية فى بلد دينه الاسلام أو لئته العربية ، فالأرمنى المولود فى مصر لا يصبح مصرى وان كان أبوه عثمانيا^(٤) مولودا فيها ، اذ أنه ينتمى بجنسه الى الأقلية فى بلد دينه الاسلام ولو أنه ينتمى بجنسيته الى بلد تدين الأغلبية فيه بالاسلام ، وكذلك

(١) انظر مؤلفه . ١ . ٩٩ - ١٠٢ وعلى الأخص هامش (١) ١٠١ .

(٢) راجع مذكرة حضرة صاحب السعادة عبد الحميد بدوى باشا المنشورة فى كتاب « أصبغى وكولومباني » حيث يقرر بهذه المناسبة أن للسألة صفة سياسية ظاهرة فى قوله Je pose la question qui est essentiellement d'ordre politique sans la résoudre, laissant ce soins aux autorités compétentes.

(٣) وهو كما رأينا وجود معاهدات خاصة مقيدة لسلطة المشرع المصرى لا اعتبار هذا القيد موجودا بقوة الامتيازات وحدها لأننا نعتقد فى وجود القيد من هذه الناحية فقط . قارن مذكرة سعادة بدوى باشا السابقة حيث يقرر أن الامتيازات سواء فى نصها أو فى روحها لا تقف عقبة فى سبيل فرض الجنسية المصرية الأصلية على أولاد الشرقيين الذين يولدون فى مصر .

(٤) وأقصد بهذا أن يكون متمما بجنسية الجمهورية التركية .

يكون الحكم بالنسبة لليهودى الفلسطينى لأنه ينتمى بجنسه الى الأقلية فى بادئته العربية ودينه الاسلام .

على أنه لا يلزم لتطبيق النص أن يكون الأب أو ولده متوطنا فى مصر ، بل يصح أن يكون الوالد متوطنا أو مقيما فى الخارج . ويظهر أن المشرع اكتفى بالقيود السالفة فلم ير ضرورة لایراد قيد جديد .

وغنى عن البيان أن النص لا ينطبق على أولاد الممثلين السياسيين تطبيقا للمبادئ المقررة فى القانون الدولى العام ^(١) .

٤٢٦ — وهناك ملاحظتان هامتان لختام بحث هذه المسألة . وتتلخص الملاحظة الأولى فى أن نص المادة السادسة بفقراته الأربع لا ينسحب على الماضى بل يطبق فقط على من يولد فى مصر بعد العمل بقانون الجنسية أى ابتداء من ١٠ مارس سنة ١٩٢٩ . وأما جنسية المصريين الموجودين فعلا وقت نشره فقد نظمها القانون فى المواد الخمس الأول وسنعود إليها فيما بعد ^(٢) . وتتلخص الملاحظة الثانية فى أن المشرع المصرى ، كما يظهر ، قد أتى بقيد الانتساب الى جنس معين من معاهدة لوزان ^(٣) التى عقدها الحلفاء مع تركيا اذ أنها أخذت بهذا القيد فى تنظيمها لجنسية الأشخاص العثمانيين قديما والذين هم بحسب أصلهم ، من بلاد انفصلت عن تركيا نهائيا بمقتضى هذه المعاهدة ، اذ من المعلوم أن الأمبراطورية العثمانية القديمة ، كانت مكونة من أجناس متعددة .

(١) قارن Pillet-Niboyet . ١١٧ .

(٢) وعلى ذلك لا يحق للأشخاص المولودين فى مصر لأباء متمتعين بجنسية دولة أجنبية من الدول السابق الاشارة اليها ، قبل العمل بأحكام هذا القانون ، أن يرتكنوا على نص المادة ٤/٦ للقول باكتسابهم الجنسية المصرية الأصلية فلا يعتبر مصريا وفقا للمادة ٤/٦ ولد الايراني المولود فى مصر هو وأبوه ولو أن الحكومة المصرية قد عاملته على اعتبار أنه مصرى فأباحت له الدخول فى مدارسها وطالبته بأداء الخدمة العسكرية وأباحت له الاشتغال بالمهامة وأنما يجوز لهذا الشخص اكتساب الجنسية المصرية وفقا للمادة السابعة أو عن طريق التجنس . قارن ١٠ يناير ١٩٢٨ م . ت . م . ٤٠ . ١٢٩ . وكذلك ١٠ مايو ١٩٢٤ جازيت ٣٢ . ١٥ .

(٣) انظر المادة ٣٤ من معاهدة لوزان .

٢٧ — هذه هي الأحوال التي يمكن فيها اكتساب الجنسية المصرية الأصلية استنادا على جنسية الوالدين أو على محل الميلاد الذي تحيط به الظروف التي بينها. ولكن هنالك حالة أخرى تكتسب فيها الجنسية المصرية على أساس الميلاد أيضا وإن كانت تتميز مع ذلك باعتبارات هامة اضطرت المشرع إلى أن يخصص لها مادة على حدة، هي المادة السابعة التي تقرر في فقرتها الأولى « كل من ولد لأجنبي في القطر المصري وكانت اقامته العادية فيه عند بلوغه سن الرشد يعد مصرية *devient égyptien* إذا تنازل عن جنسيته الأصلية *renonce à sa nationalité d'origine* وقرر اختياره الجنسية المصرية في خلال سنة من بلوغه هذه السن ». ويقرر هذا النص نفس الحكم الذي أوردته المادة الثانية من القانون العثماني القديم^(١) وإن كان نص هذه المادة الأخيرة قد جاء سيئا في تحريره إذ استعمل عبارة « يسترد الجنسية العثمانية *se revendiquer la nationalité ottomane* » مما دعا الأستاذ Arminjon إلى القول بأن الأجنبي يصبح عثمانيا من وقت ولادته^(٢)، وخالفته بحق المحاكم المختلطة إذ اعتبرت أن الأجنبي يصبح عثمانيا من وقت اختياره. وقد أيدها في ذلك المرحوم الدكتور أبوهيف بك^(٣) وكذلك الدكتور الزيني^(٤).

ويقرر المرحوم أبوهيف بك أن أساس النص العثماني السالف الذكر، — أي النص المقابل للمادة السابعة الحالية — اعتبارات سياسية خطيرة مبناها أن تظل العائلات الأجنبية متمتعة بجنسيتها الأجنبية فلا يلزم أبناءها بالجنسية

(١) مع ملاحظة أن النص العثماني يبيح هذا الاختيار في خلال مدة ثلاث سنوات، وكذلك لم يشترط النص العثماني شرط الإقامة العادية كما فعل النص المصري الذي أحسن بذلك.

(٢) راجع مؤلفه « الأجانب وأصحاب الحماية » ٨٤ وحجة الأستاذ لفظية أساسها استعمال كلمة *revendiquer* وكذلك اتباع ما كان مقررا في القضاء الفرنسي بشأن تفسير المادتين ٩ و ٢٠ من مجموعة نابليون التي أخذ عنها المشرع العثماني الحكم السالف.

(٣) راجع مؤلفه ١٠٦ والأحكام المختلطة التي أشار إليها.

(٤) راجع مؤلفه ٢٨٢ وهامش (٤).

العثمانية بل يكون لهم حق اختيارها اذا أرادوا . وهم لا يختارونها طبعاً الا اذا كان لهم من ورائها مغنم خاص . فهذا النص اذن نادر التطبيق في العمل لأنه يقرر حكماً يخالف المتبع عادة في أغلب الدول المتمدنية . اذ أن التشريعات الحديثة (كالتشريع الفرنسى الصادر في سنة ١٩٢٧) تقرر غالباً أن الأجنبي يصبح في هذه الحالة وطنياً عند بلوغه وانما له الحق في التنازل *répudier* عن جنسية الاقليم الذى ولد فيه واختيار جنسية والديه الأصلية ^(١) . فالحكم اذن عندنا مختلف اذ أن الأجنبي رغم ميلاده في مصر ، ورغم اقامته العادية فيها فانه يظل أجنبياً الا اذا رغب في الدخول في الجنسية المصرية فيتم ذلك باعلان منه بعد بلوغه سن الرشد وفقاً لأحكام قانونه (المادة ١٩ مصرى) في ظرف سنة من هذا التاريخ . وهيهات أن يرضى الأجنبي بالتنازل عن امتيازاته في سبيل الجنسية المصرية الا اذا كانت له منفعة ظاهرة كما أوضحه بجلاء فقيد العلم أبو هيف بك .

٢٨٤ — ويشترط لتطبيق هذه المادة السابعة ما يأتى : أولاً : أن يكون الأجنبي قد ولد في « القطر المصرى » ^(٢) ولا صعوبة في هذا الشرط اذ المسألة هنا متعلقة بالاثبات فحسب . ثانياً : أن تكون اقامته العادية *résidence habituelle* في مصر وقت بلوغه سن الرشد . وظاهر أن النص قد اكتفى بالاقامة العادية ولم يستلزم التوطن *domicile* وهناك فارق هام بين الاقامة العادية والموطن ، فالاقامة هي العنصر المادى من الوطن الذى يجب لتحقيقه توفر عنصر معنوى آخر وهو نية البقاء والتوطن باستمرار حسبما سنفصله فيما بعد . وفي اعتقادى أن المشرع ربما قصد التوطن ^(٣) ، ولم تعرض المسألة بعد أمام القضاء . أما تحديد

(١) راجع *Pillet-Niboyet* ١٣٨ . وقارن ١٢٩ حالة ، اذا كان أحد الوالدين مولوداً في فرنسا .

(٢) ويلاحظ أن هذا الاصطلاح أصبح غير متجانس مع استقلال مصر عن تركيا لأن القطر المصرى قد أصبح دولة تعرف باسم مصر أو المملكة المصرية .

(٣) وذلك لصعوبة التفرقة عملاً بين التوطن والاقامة العادية وعلى أية حال فالصعوبة متعلقة بالاثبات ، اذ في حالة الاقامة العادية يقصد الشخص مجرد الاقامة لا اتخاذ البلد موطناً مستمراً ، فهو ينوى دائماً الرجوع الى موطنه الأصلي .

سن الرشد فيكون وفقا لقانون جنسية الأجنبي قبل اختياره الجنسية المصرية .
وقد أتى النص على ذلك صراحة في المادة ١٩ مصرى التى قضت على كل خلاف
في هذا الصدد . ثالثا : أن يختار الجنسية المصرية بعد تنازله عن جنسيته الأصلية
وذلك في خلال سنة من بلوغه سن الرشد .

وتقرر المادة السابعة في فقرتها الثانية أنه « لمن توافرت فيه الشروط المقررة
في الفقرة السابعة اذا حال دون قيامه بالتقرير في الوقت المناسب مانع أن يستأذن
وزير الداخلية في اجراء ذلك التقرير ويجوز أن يأذن له الوزير بذلك اذا أثبت
قيام المانع ولم تزد مدة تأخيره عن سنة » .

فوزير الداخلية دون غيره هو المختص باعطاء هذا الاذن بالشروط السالفة .
وربما كان أكثر موافقة أن يعطى هذا الاختصاص لوزير الحقانية ، ولكن يظهر
أن الظروف الخاصة التي تحيط بتنفيذ هذا القانون دعت الى تفضيل وزير الداخلية .
ونذكر بهذه المناسبة أن الوزير الأخير هو المختص بتنفيذ هذا القانون وبإصدار
جميع القرارات اللازمة لذلك وفقا لما قرره المشرع في المادة ٢٧ من قانون الجنسية ،
ومعنى ذلك أن المشرع قد أعطى وزير الداخلية تفويضا خاصا *délégation*
بإصدار القرارات تسهلا لتنفيذ أحكام القانون ، ومن جهة أخرى فقد نص في
المادة ٢٠ أيضا على أن التقارير واعلانات الاختيار^(١) وعلى العموم جميع
العرائض والطلبات المنصوص عليها في قانون الجنسية يجب أن توجه الى وزير
الداخلية بأن تسلم في القطر المصرى الى المحافظة أو المديرية التى يكون فيها محل
اقامة صاحب الشأن ، وفي الخارج الى الممثلين السياسيين للدولة المصرية أو الى
قناصلها أو الى أى موظف آخر من موظفي الحكومة يرخص له وزير الداخلية
بموجب قرار يصدر منه .

(١) انظر مع ذلك نص المادة ٢٦ الذى يقرر أنه « استثناء من حكم المادة العشرين من
هذا القانون تعتبر صحيحة طلبات الاختيار الموجهة للحكومات الأجنبية المشار اليها في المادة
الثانية » .

٤٢٩ — وقد قام الخلاف بين الشراح في مصر على التكييف القانوني للحالة الواردة في المادة السابعة . فيقول المرحوم أبوهيف بك ان هذه المادة الثانية من القانون العثماني القديم تقرر حالة تجنس naturalisation اذ الجنسية المصرية التي يتحصل عليها الأجنبي وفقا لأحكامها جنسية لاحقة بعد الميلاد ، واكتسابه اياها معقود باختياره . وقد أيد هذا الرأي الدكتور الزيني . ويخالفهما الأستاذ رياض^(١) مقررًا أن اكتساب الجنسية في هذه الحالة بعيد عن أن يوصف بكونه تجنس ، اذ لا توجد هنا حاجة لقبول الحكومة ، ومعلوم أن هذا القبول شرط أساسي لصحة التجنس . ولذا اعتبر الأستاذ أن الجنسية المصرية تكتسب هنا بطريقة أصلية ، واعتمد تأييدا لرأيه على أقوال بعض الشراح الفرنسيين بشأن المادة التاسعة القديمة من القانون المدني والمادة الرابعة من قانون الجنسية الصادر في أغسطس سنة ١٩٢٧^(٢) ، اذ اعتبروها ضمن حالات اكتساب الجنسية الأصلية . وظاهر أن الأستاذ في وصفه لهذه الحالة بأنها حالة اكتساب جنسية أصلية قد أخذ بالتعريف الذي قال به بعض رجال الفقه للجنسية الأصلية على العموم ، ومداره الاكتفاء بمجرد واقعة الميلاد لمنح الجنسية بصفة أصلية ولو أن اكتسابها قد يأتي بعد الميلاد أي وقت بلوغ سن الرشد أو في أثناء مادة القصر اذا طالب ذلك ولي الولد^(٣) .

والخلاف السابق أهميته من الوجهة النظرية وكذلك من الوجهة العملية ،

(١) مؤلفه . ١ . ١٠٤ . وتعطى المادة التاسعة الفرنسية القديمة الحق لمن يولد لأجنبي على الاقليم الفرنسي أن يطلب الجنسية الفرنسية ولو لم يكن مقيما بفرنسا وقت بلوغه بشرط أن يجعل اقامته فيها في خلال سنة . أما المادة الرابعة من قانون ١٩٢٧ فتعطى الأشخاص الذين يولدون في فرنسا لأجانب غير مولودين فيها ومقيمون فيها الجنسية الفرنسية اذا كانوا مقيمين في فرنسا عند بلوغهم سن الحادية والعشرين الا اذا تنازلوا عنها . وظاهر الفرق الكبير بين الحكيم .

(٢) راجع Pillet-Niboyet ١٣٨ وما بعدها وبخاصة ١٤٦ وكذلك المادة ٨ فقرة ثالثة م . ف .

(٣) قارن Pillet-Niboyet . ١٤٨ وما بعدها وقارن Survill ٨٥ وما بعدها .

اذ لو اعتبرنا أن اكتساب الجنسية المصرية هنا حاصل عن طريق التجنس فانه يباح سحب الجنسية من هؤلاء الأشخاص ، اذا ما ارتكبوا من الأعمال ما يدعو الى ذلك .

٤٣٠ — وفي اعتقادي أن في كل من الرأيين جانباً من الصواب ، ولكن مع ذلك فاني لا أشير بالأخذ بأحدهما ، بل أعتبر أن الحالة التي أوردتها المادة السابعة حالة خاصة *sui generis* وسط بين الجنسية الأصلية والتجنس العادي . ويؤيد ذلك الظروف الخاصة السياسية التي أثرت في وضع هذا النص فجاء غير متفق تماماً مع نص المادة التاسعة الفرنسية القديمة ^(١) ، ولذلك لا نقر الأستاذ رياض في استناده على أقوال الشراح الفرنسيين ، وفوق هذا فان النص المصري صريح في أنه لا يقرر جنسية أصلية اذ يقرأ فيه « اذا تنازل الأجنبي عن جنسيته الأصلية » أي أن هذا الأجنبي بتحصله على الجنسية المصرية انما يتحصل على جنسية جديدة لاحقة بطريقة خاصة ^(٢) . ازاء ذلك فانا نصف اكتساب الجنسية المصرية في هذه الحالة بأنه حاصل بناء على تجنس قانوني *naturalisation de droit* لا تجنس عادي ، كما ذهب اليه أنصار الرأي الأول . فجرد استيفاء الشروط الموضوعية السابقة وعلان الاختيار لوزير الداخلية يكسب الأجنبي الجنسية المصرية ولا يمكن للحكومة المصرية أن ترفض طلبه ، بخلاف الحال في التجنس العادي فان للحكومة الحق في رفض الطلب أو قبوله . ومما يدل دلالة واضحة على أن اكتساب الجنسية المصرية بموجب المادة السابعة حاصل بناء على التجنس الرجوع الى نص المادة العاشرة التي قررت جواز سحب الجنسية عن دخل فيها طبقاً للمواد السابعة والثامنة والتاسعة في أحوال معينة . والمادتان الثامنة والتاسعة خاصتان بالتجنس العادي ، فإضافة المشرع المادة السابعة لهاتين المادتين دليل على الشبه الموجود بينهما جميعاً . ومن المبادئ المقررة أنه لا يسوغ في

(١) اذ توجد فوارق كثيرة بين النص المصري والنصوص الفرنسية القديمة والحديثة قارن المراجع السابقة .

(٢) ولا يغفل أن تكون له جنسيتان أصليتان في وقت واحد .

الأصل اسقاط الجنسية الأصلية وإنما يسوغ فقط ، اسقاط الجنسية المكتسبة .
ويسرى نص المادة السابعة على الماضي اذ نص المشرع على ذلك صراحة في
الفقرة الثالثة منها في قوله « كذلك يجوز للوزير أن يأذن لمن توافرت فيه الشروط
المتقدمة قبل نشر هذا القانون ، بأن ينتفع بالحكم المتقدم في خلال السنة التالية
لهذا النشر » .

وقد أتى وضع المادة السابعة عقب المادة السادسة مباشرة نظرا للعلاقة القوية
التي تربط نصها بنص المادة السادسة في فقرتها الرابعة ، اذ أن كلا منهما يشترك
في تنظيم جنسية أولاد الأجانب المولودين في مصر . فالفقرة الرابعة في المادة
السادسة خاصة بأولاد الأجانب الشرقيين ، وأما المادة السابعة فخاصة بأولاد
الأجانب الغربيين . ولكن لا نزاع في أن الجنسية المصرية المقررة في المادة ٦
فقرة ٤ جنسية أصلية ^(١) .

ب - في تنظيم الانفصال

بين

الجنسية المصرية الحديثة والجنسية العثمانية القديمة

٤٣١ - يرى من البيانات التاريخية التي أوردناها بشأن الجنسية في
مصر قبل ٥ نوفمبر سنة ١٩١٤ أن المصريين جميعا كانوا معتبرين عثمانيين في نظر
القانون ، فلم يكن للجنسية المصرية وجود قانوني ، ولكن بعد أن تنازلت تركيا
عن سيادتها على مصر بمقتضى معاهدة لوزان تنازلا يرجع في تاريخه الى ٥ نوفمبر
سنة ١٩١٤ انقطعت كل علاقة قانونية بين الدولتين ، وأصبحت الجنسية المصرية
قائمة بذاتها منذ ذلك التاريخ وان تأخر صدور القانون المنظم لها حتى سنة ١٩٢٩ .
٤٣٢ - ومن الطبيعي بعد الاعتراف بالانفصال السياسى أن يتم

(١) قارن Messina ١٨٨٠ - ١٩٢ حيث تجد تأييدا لرأينا في اعتباره هذه الحالة
ضمن حالات الجنسية المكتسبة . ويمكن القول بأن اكتساب الجنسية المصرية هنا حاصل بفضل
القانون Acquisition par le bienfait de la loi وهو ما أيدناه .

الانفصال بين الجنسية المصرية والجنسية العثمانية القديمة ، وأن يعرف بناء على ذلك الأشخاص الذين يدخلون في تكوين الدولة المصرية الحديثة . ومن المعلوم أن هؤلاء الأشخاص كانوا عثمانيين قانونا فيما مضى ، ولم يكن من المعقول أن يقرر المشرع المصرى جزافا أن جميع العثمانيين الذين كانوا مقيمين في مصر وقت صدور قانون الجنسية المصرية يصبحون مصريين ، إذ ضمن هؤلاء من يفضل البقاء على جنسيته العثمانية ، هذا من جهة ، ومن جهة أخرى فإن درجة اتصالهم بالبلاد ليست متساوية حتى يمكن اعتبارهم جميعا أعضاء في الدولة الجديدة ، ولذا كان منطقيا ، أن يستلزم المشرع بعض صفات مميزة في العثمانيين القدماء سواء أكانوا مقيمين فعلا في مصر وقت صدور القانون أم كانوا مقيمين في مصر قبل ذلك حتى يمكن اعتبارهم حتما أو بناء على طلبهم فقط ، أو بناء على طلبهم وعدم المعارضة من جانب الحكومة ، ضمن المصريين . وتكفل الشارع بوضع القواعد المنظمة لعملية الانفصال بين الجنسية العثمانية والجنسية المصرية في المواد ١ - ٥ من قانون الجنسية . فتتظم هذه المواد حالة العثمانيين القدماء الذين وجدوا في مصر فعلا وقت العمل بهذا القانون ، أو الذين كانوا مقيمين فيها وقت انفصال مصر عن تركيا انفصالا قانونيا ثم غادروها ولكنهم راغبون في الجنسية المصرية ، ومؤداها اعتبار جانب كبير من هؤلاء الأشخاص مصريين . ويمكننا القول اجمالا ان المواد ١ - ٥ تبين من هم المصريون وقت العمل بقانون الجنسية أى المصريون حالا بخلاف المواد ٦ وما بعدها فانها تبين المصريين استقبالا . ومن هنا تظهر العلاقة القوية بين المواد الخمس الأولى والمادة السادسة ، إذ لا يمكن تطبيق الفقرتين الأولى والثانية من هذه المادة الأخيرة الا بعد معرفة من هو الأب أو الأم المصرية ، ولا يمكن الوقوف على ذلك الا بعد مراجعة أحكام المواد الخمس السابقة . ومعلوم أن الجنسية المصرية الأصلية انما تبني بصفة أصلية على علاقة البنوة المصرية نظرا لمركز مصر الخاص .

٤٣٣ — عرفنا أن الجنسية المصرية تعتبر موجودة من الوجهة القانونية ابتداء من ٥ نوفمبر سنة ١٩١٤ ، وأما قبل هذا التاريخ فكان المصريون رعايا عثمانيين ، لأن مصر كانت ايلة عثمانية من الوجهة القانونية دون الواقعية ، ومما يؤيد ذلك أن مصر قد بقيت على الحياد ابان الحرب الايطالية العثمانية المعروفة بحرب طرابلس سنة ١٩١١^(١) . والواقع أن هذه الحالة الواقعية سبب في نشوء مركز خاص للمصريين اعترفت به الدولة العثمانية . فكان لهم قبل سنة ١٩١٤ وحدة خاصة بهم داخل الجنسية العثمانية أعطتهم صفة الرعية المحلية indigénat فكان المصري يعرف الى أجل قريب بأنه « رعية محلية sujet local » ، وما زال العرف جاريا على استعمال هذا اللفظ المقوت الذي يدل دلالة ظاهرة على نقص السيادة ، لأنه يفيد خروج بعض الأشخاص عن سلطان الدولة ، وعدم وجود جنسية خاصة للمصريين ، الأمر الذي تحقق أخيرا بفضل مرسوم بقانون سنة ١٩٢٩ .

٤٣٤ — فمن هم الرعايا المحليون قديما ؟ لا شك في أن المراد بهم أولا أهالي البلد المتوطنين فيها منذ زمن بعيد أو من يطلق عليهم بالفرنسية لفظة autochtones ويضاف اليهم بعد ذلك رعايا الدولة العلية الذين نرحوا الى مصر بعد الفتح العثماني . وهؤلاء جميعا يتمتعون بالجنسية العثمانية ويخضعون لسلطة الحكومة المحلية لأنهم ليسوا من رعايا الأجانب الممتازين أو من أرباب الحماية .

٤٣٥ — ولكن لما كانت مصر متمتعة في هذا العهد بنوع من الاستقلال الذاتي رغم تبعيتها لتركيا — اذ كانت لها هيئاتها النيابية وكذلك جيشها الخاص وادارتها المستقلة — كان من اللازم تحديد الأشخاص الذين لهم حق الانتخاب

(١) وان كان البعض يقرر أن بقاءها على الحياد في هذه الحرب إنما يرجع الى اتفاق المتحاربين أنفسهم لا لمركز مصر الخاص . راجع مذكرة المرحوم صاحب الدولة عدلى يكن باشا الى وزير اليونان المفوض في ٢ يونيه ١٩١٤ وهى منشورة في مجموعة « اصبحى وكولومباني » . ٦٩ .

والتوظيف والقيام بالخدمة العسكرية^(١)، ولم ير في ذلك العهد إطلاق هذه الحقوق لكل الرعايا المحليين العثمانيين جنسية، بل رأى أنه من الأوفق التمييز بين هؤلاء الرعايا، فوضع المشرع جملة قوانين أهمها الأمر العالي الصادر في ٢٩ يونيه سنة ١٩٠٠، وقد بين فيه من لهم حق الانتخاب. والواقع أن هذه القوانين قد حدد كل منها بحسب أغراضه تلك الطائفة من سكان البلاد العثمانيين جنسية والمصريين من رعايا الحكومة المحلية *les égyptiens sujets locaux* الذين يحق لهم مباشرة حق الانتخاب أو التوظيف أو القيام بالخدمة العسكرية على حسب الأحوال. ويتبين من مراجعة نصوصها أن الشخص قد يعتبر مصرياً رعية محلية في نظر أحدها دون الأخرى، مما يدل على أن المشرع لم يقصد مطلقاً إعطاء صفة جنسية خاصة لهؤلاء الأشخاص كي تسرى دائماً في مواجهة الجميع، بل كان المقصود استلزام توفر شروط معينة لاستعمال حق من الحقوق. فإذا توفرت هذه الشروط في الشخص أتيح له استعمال هذا الحق، حتى لو انتقص شرط منها بعد ذلك ما جاز له أن يزاول الحق مرة أخرى. فوفقاً للأمر العالي الصادر في سنة ١٩٠٠، لكل من توفرت فيه شروط استعمال حق الانتخاب الحرة في الاشتراك في الانتخاب عند حصوله، فإذا أجرى انتخاب جديد وكان قد سقط عنه أحد الشروط السالفة، كاتقطاع إقامته في القطر المصري، فإنه لا يجوز له مباشرة هذا الحق ولو عاد إلى مصر بقصد الانتخاب. وخلاصة ما تقدم أن الرعية المحلية ليست جنسية.

٤٣٦ — على أنه عندما طرحت على بساط البحث مسألة من هو الأب المصري أمام لجنة الشؤون الخارجية بمجلس النواب؛ تأثرت اللجنة بالحالة الواقعية السالفة الذكر أكثر من تأثرها بالحالة القانونية. ومقتضى هذه الأخيرة الاعتراف بالجنسية المصرية فقط منذ ٥ نوفمبر سنة ١٩١٤، فاعتبرت اللجنة أن الجنسية

(١) قارن Messina . ٢ . ١٥٩ — ١٦١ حيث تعرض لتحديد معنى اصطلاح *indigénat égyptien* بما لا يخرج عما يبناه في الصلب هنا.

المصرية كانت قائمة منذ أجيال تحت اسم الرعوية المحلية^(١) ، ومعلوم أن الرعوية المحلية قد تحدت بجملة قوانين ، فاختارت اللجنة من بينها القانون الصادر في ٢٩ يونيه سنة ١٩٠٠ وارتكنت عليه في الرجوع الى تعريف الأب المصرى تعريفا يرجع في الواقع الى الماضى وتثبت به جنسية الأبناء المصريين منذ العمل بقانون الجنسية .

٤٣٧ — فن اللازم اذن أن نشرح المادة الأولى من الأمر العالى الصادر في ٢٩ يونيه سنة ١٩٠٠ ، وهاهو نصها « عند اجراء العمل بقانون الانتخاب الصادر في أول مايو سنة ١٨٨٣ يعتبر حتما من المصريين الأشخاص الآتى بيانهم : أولا : المتوطنون في القطر المصرى قبل أول يناير سنة ١٨٤٨ وكانوا محافظين على محل اقامتهم فيه . ثانيا : رعايا الدولة العلية المولودون في القطر المصرى من أبوين مقيمين فيه متى حافظ الرعايا المذكورون على محل اقامتهم فيه . ثالثا : رعايا الدولة العلية المولودون والمقيمون في القطر المصرى الذين يقبلون المعاملة بمقتضى قانون القرعة العسكرية سواء بأدائهم الخدمة العسكرية أو بدفع البدلية . رابعا : الأطفال المولودون في القطر المصرى من أبوين مجهولين . ويستثنى من الأحكام المذكورة الذين يكونون من رعايا الدولة الأجنبية أو تحت حمايتها » .

ولقد ظهرت الفقرات الثلاث الأول السالفة في مشروع اللجنة في مادته الثانية التى ورد بها تعريف الجنسية المصرية في الماضى . وكذلك في نص الفقرة الثانية من المادة الأولى من قانون سنة ١٩٢٩ حيث تقول « يعتبر داخلا في الجنسية المصرية بحكم القانون كل من يعتبر في تاريخ نشر هذا القانون مصريا بحسب حكم المادة الأولى من الأمر العالى الصادر في ٢٩ يونيه سنة ١٩٠٠ » . فما هو مؤدى هذه الفقرات الثلاث ؟ .

٤٣٨ — أما الفقرة الأولى فيراد بها بصفة عامة أهل البلاد الأصليين

(١) سبرى أن هذا الاقتراض القانونى كان سببا في اثاره خلافات كثيرة .

الذين تنطبق عليهم تماما كلمة indigénat سواء أكانوا حقيقة مصريين أم كانوا بلا جنسية أصلا ، اذ يكفي توطنهم في البلاد قبل أول يناير سنة ١٨٤٨^(١) ومحافظةهم على هذه الإقامة حتى يمكن اعتبارهم مصريين صميمين لتعاقب الأجيال المتعددة .

أما الفقرة الثانية فيقصد بها العثمانيون الذين نزحوا الى البلاد فأقاموا فيها وتناسلوا ، فالعثماني الذي يجيء الى مصر ويقيم فيها يبقى عثمانيا ، ولكن أولاده المولودين في مصر ، يصبحون مصريين في حكم قانون الانتخاب اذا حافظوا على اقامتهم في مصر ويمكننا أن نقرب بين هذا الحكم وبين نظيره الوارد في المادة ٤/٦ فوقنا لحكم الفقرة الثانية من المادة الأولى من الأمر العالي الصادر في سنة ١٩٠٠ يفترض المشرع أن ميلاد الأولاد في مصر وتوطنهم فيها مضافا اليه أن آباءهم عثمانيون متوطنون فيها أيضا يكفي لاعتبارهم مصريين بحكم القانون كما اعتبر أولاد الشرقيين الذين يولدون فيها مصريين بالشروط الواردة في المادة ٤/٦ .

أما الفقرة الثالثة فخاصة بأولئك العثمانيين الذين يولدون في مصر ويقيمون فيها دون آبائهم ، فانهم مع ذلك معتبرون مصريين لو أنهم قبلوا المعاملة بقانون الخدمة العسكرية سواء بأداء الخدمة أو بدفع البدل . فوقنا لهذه الفقرة يفترض المشرع أن ميلاد هؤلاء العثمانيين في مصر واقامتهم فيها مضاف اليه قبولهم المعاملة بقانون الخدمة العسكرية يقوم مقام توطن آبائهم في مصر ، أي أن اكتسابهم للجنسية المصرية موقوف في الحقيقة على عمل اختياري من جانبهم وهو تأديتهم للخدمة العسكرية أو دفعهم للبدل ، فان فعلوا اعتبروا مصريين فيما يتعلق بحق الانتخاب .

أما الفقرة الرابعة فظاهرة كل الظهور وقد كرر الشارع حكمها في قانون

(١) ويصعب الوقوف على العلة في تحديد هذا التاريخ وربما كان لمعاهدة لندن ١٨٤١ التي تمهد بها مركز محمد علي باشا في مصر دخل في ذلك .

سنة ١٩٢٩ في المادة ٣/٦ وسبق أن بينها .

٤٣٩ — فأحكام الثلاث فقرات الأولى واردة في الفقرة الثانية من المادة الأولى من قانون سنة ١٩٢٩ . وتقرر هذه الفقرة الأخيرة الجنسية المصرية بحكم القانون لطائفة من الناس . فمن اكتسب الجنسية بناء على حكمها جاز له التمتع بها ولوبارح مصر الى الخارج وانقطعت اقامته فيها ، وفوق هذا يعتبر أنه كان دائماً مصرياً ، أى أن حكم هذه المادة كاشف للجنسية المصرية ^(١) . وقد رأينا أن الحال كانت على عكس ذلك بالنسبة للأمر العالى الصادر في سنة ١٩٠٠ اذ كانت تزول الرعوية المحلية عن الأشخاص المذكورين فيه لو انقطعت اقامتهم عن الديار المصرية . والحكم الأخير مفهوم لأن الرعوية المحلية ليست جنسية حتى تلحق الشخص في الخارج والداخل وانما هي صفة تلحق الأشخاص عند استيفائهم لشروط معينة ، فتبيح لهم استعمال حق الانتخاب فاذا انتخب الشخص مرة ثم انقطعت اقامته عن مصر وجاء اليها اتفاقاً أو عن عمد ، بعد ذلك فانه لا يستطيع الانتخاب في المرة الثانية لأن شرط الإقامة غير متوفر .

٤٤٠ — ويشترط لتطبيق الفقرة الثانية من المادة الأولى من قانون سنة ١٩٢٩ نفس الشروط التي كانت تستلزم لتطبيق الأمر العالى الصادر في

(١) ويظهر هذا جلياً من سكوت المشرع عن تحديد تاريخ اكتساب هؤلاء للجنسية المصرية وكذلك من تقرير لجنة الشؤون الخارجية بمجلس النواب ومن المذكرة الايضاحية لوزارة الداخلية ، فجاء في الأول أن الجنسية المصرية قائمة منذ أجيال طويلة ... وان قانون ٢٩ يونيه ١٩٠٠ خاص بتعريف الجنسية المصرية في الماضي . وأما الثانية فأشارت الى العلة في ايزاد لص المادة الأولى في الذكرى السابق في قانون الجنسية الجديد . في اعتقادنا أنه ربما كان من الأولى الخضوع للمركز القانوني واعتبار الجنسية المصرية موجود فقط منذ ٥ نوفمبر سنة ١٩١٤ بدلا من التمسك بأهداب تحايل قانوني والقول بوجود الجنسية المصرية منذ زمن بعيد وما يترتب على ذلك من اشكالات مختلفة سنعرض اليها فيما بعد . وفي عبارة المشرع الفرنسية ما يشعر بميله نحو هذا الرأي اذ قال *sont considérés comme ayant acquis* أى أن الجنسية المصرية هي جنسية مكتسبة ميناها التجنس الجمعي *naturalisation collective* والقاعدة أن لكل تجنس تاريخاً يبدأ فيه . قارن كذلك Messina . ٢ . ١٨١ — ١٨٤ .

سنة ١٩٠٠ ، لأن هذا الأمر العالى أصبح الآن جزءا من قانون الجنسية المصرية ، ومن أهم هذه الشروط شرط المحافظة على الإقامة في مصر حتى تاريخ نشر هذا القانون وهو ١٠ مارس سنة ١٩٢٩ . ويظهر ذلك في قول المشرع « كل من يعتبر في تاريخ نشر هذا القانون ^(١) مصريا بحسب حكم المادة الأولى من الأمر العالى الصادر في سنة ١٩٠٠ » . ومن الطبيعى أن يتشدد المشرع هنا فيستلزم عدم انقطاع الإقامة حتى نشر هذا القانون لأنه يضع في هذه المادة أساس الجنسية المصرية فإذا كان قد استلزم دوام الإقامة حتى يستعمل الشخص حقه في الانتخاب فمن باب أولى ، لا بد من استلزامها لاعتبار هذا الشخص مصريا بحكم القانون قادرا على اعطاء الجنسية لأولاده من بعده . فالعثماني الذي كان يقيم عادة في مصر في ٥ نوفمبر سنة ١٩١٤ واستوفى في ذلك العهد جميع شروط الأمر العالى الصادر في سنة ١٩٠٠ لا يمكن اعتباره مصريا بموجب الفقرة الثانية من المادة الأولى لانقطاع اقامته ، ولكن يمكنه اكتساب الجنسية المصرية تطبيقا للمادة الرابعة . فاذا قلنا باعطائه الجنسية المصرية رغم انقطاع اقامته لأصبحت المادة الرابعة مادة ملغاة ومن المعلوم أن أعمال النص خير من ابطاله . وهذا الرأي المخالف يقول به الأستاذ الزيني ^(٢) . وأساس الخلاف بيننا أن نقطة البداية عنده اعتبار الرعوية المحلية جنسية تلحق الشخص في الداخل والخارج متى استعمل الشخص حقه في الانتخاب ولو مرة واحدة فعندئذ يجب اعتبار هذا الشخص مصريا ولو لم يكن مقيما في مصر وقت نشر القانون ، وهذا ما لا نوافق عليه ، لما سبق أن قلته من أن الرعوية المحلية كانت متغيرة بحسب القوانين المختلفة ، وأن أهميتها كانت مقصورة على أغراض داخلية ^(٣) بحثه، ولأن

(١) وفي النص الفرنسى « à la date de la publication de la présente loi » .

(٢) راجع مؤلفه الملحق ٥٨٦ وما بعدها حين تجد تفسيرا وتحريجا لنصوص القانون لا تفره عليه .

(٣) راجع مؤلف « أبو هيف بك » ٢١٣ — ٢١٤ حيث تجد تأييدا لوجهة نظرنا .

المشرع استأزم صراحة ضرورة توفر شروط الإقامة في مصر وقت نشر القانون .
والواقع أن قانون الجنسية المصري الأخير قد فوض للأمر العالى السالف الذكر
مهمة تعريف الأب المصري فيجب بداهة أن يطبق هذا الأمر العالى كاملا ولا
يمكن أن يطبق على أشخاص انقطعت اقامتهم عن مصر .

وقد استثنت المادة الأولى من الأمر العالى الصادر في سنة ١٩٠٠ من
أحكامها رعايا الدول الأجنبية أو من يتمتعون بحمايتهم ، وهذا الاستثناء ظاهر
الآن بالنسبة لرعايا الدول الأجنبية ، أما بالنسبة لمن يكونون تحت حمايتها فلا محل
له في قانون الجنسية ، اذ قد يحتمل أن يكون الشخص مصريا ومع ذلك متمتعاً
بحماية دولة أجنبية لسبب من الأسباب كتوظيفه في سفارة إحدى الدول الممتازة .
وقد كان الاستثناء مفهوماً في الأمر العالى لأن مؤداه هو حرمان الشخص من
حق الانتخاب فقط دون حرمانه من جنسيته الأصلية ^(١) .

٤٤١ — وقد اعتبر المشرع أيضاً ضمن المصريين قانوناً طائفة أخرى من
العثمانيين نص عليهم في الفقرة الثالثة من المادة الأولى في قوله « من عدا هؤلاء
من الرعايا العثمانيين الذين كانوا يقيمون عادة في القطر المصري في ٥ نوفمبر سنة
١٩١٤ وحافظوا على تلك الإقامة حتى تاريخ نشر هذا القانون » . وظاهر من
صياغة هذه المادة أن الأشخاص المذكورين في الفقرتين الأولى والثانية هم
عثمانيون في الأصل قانوناً ولكنهم قد استوفوا شروطاً وأوصافاً معينة جعلتهم في
نظر المشرع مصريين صميمين . ولم يرض المشرع بالوقوف عند هذا الحد في
بيان من هم المصريون قانوناً بل توسع في منح الجنسية المصرية فاعترف بها لطائفة

(١) وسنين بعد عند الكلام في أصحاب الحمايات نظرية المحاكم المختلطة في اعتبار الحماية
بالنسبة لاختصاصها كما لو كانت جنسية اتفاقية مؤقتة *nationalité conventionnelle et provisoire*
هذا وقد رأت لجنة قيد المنتخبين بالبحيرة عدم التصريح للمصريين المتمتعين بحماية دولة أجنبية
بممارسة حق الانتخاب .

وعلى ذلك لا يصح إدراج وكلاء القناصل في الكشوف رغم سكوت قانون الانتخاب مرجع
القضاء ملحق . ٩٦ وهذا لا ينفي كونهم مصريين جنسية .

جديدة من العثمانيين لم يدخلوا تحت حكم الفقرة الثانية السالفة الذكر وذلك لاقتدارها على أهالي البلاد الأصليين وجماعة من العثمانيين قوى اتصالهم بالبلاد مما يسوغ اعتبارهم مصريين . ولم يتطلب المشرع من هؤلاء الأشخاص المذكورين في الفقرة الثالثة سوى أن يكونوا قد حددوا اقامتهم في مصر في ٥ نوفمبر سنة ١٩١٤ وحافظوا على تلك الإقامة حتى ١٠ مارس سنة ١٩٢٩ . فالإقامة وحدها طوال هذه المدة كافية في نظر المشرع لاعتبار هؤلاء الأشخاص مصريين . وكان من الطبيعي اعتبارهم من الأجانب تحقيقا لعملية الاتصال بين الجنسية المصرية الحديثة والجنسية العثمانية القديمة ، ولأن الإقامة وحدها لا تكفي عادة لاكتساب جنسية الدولة بنص القانون ، كما أنه كان من الممكن تعليق اكتسابهم للجنسية المصرية على طلبهم إياها كما فعل المشرع بالنسبة للأشخاص المذكورين في المادة الثالثة ، ولكن يظهر أن المشرع فضل اعتبارهم مصريين بحكم القانون مكتفيا بمجرد الإقامة على وجه الاستمرار فلم يستلزم فيهم لا الميلاد ولا توطن الآباء ، ولا سبق قبولهم الخدمة العسكرية كما رأينا بالنسبة لمصريي الفقرة الثانية من العثمانيين النازحين الى مصر .

وإذا وازنا بين عدد الأشخاص الذين يعتبرون مصريين لاستيفائهم الشروط الواردة في الفقرة الثانية ، وعدد أولئك الذين يعتبرون مصريين بفضل الفقرة الثالثة عند عدم استيفاء شروط الفقرة الثانية ، وجدنا أن هؤلاء الآخرين قليلون ، وعلى هذا يكون حكم المشرع بالنسبة لهم مبناه العطف عليهم . فليس بصحيح إذن ما ذهب اليه البعض ^(١) من أن الفقرة الثانية من المادة الأولى لا فائدة فيها ، اذ في الواقع أن الفقرة الثالثة قليلة الأهمية ، لأن المستفيدين من حكمها قليلوا العدد وقد قصر عليهم حكم هذه الفقرة . فالفقرة الثانية إذن

(١) مع مراعاة وجود الفقرة الثانية . هذا ولم يكن من الكياسة الاستغناء عن الفقرة الثانية اكتفاء بالمرط الوارد في الفقرة الثالثة ، اذ أن ذلك يشعر بجلاء أن الجنسية المصرية وليدة الجنسية العثمانية وهذا مرفضه واضعوا القانون كما هو ظاهر من الأعمال التحضيرية .

هي الفقرة الرئيسية ولا يغير من هذا الحكم في شيء أن يكون الشخص الذي تتوفر فيه شروط هذه الفقرة مستوفيا حتما لشروط الفقرة الثالثة لأن من يملك الكثير يملك القليل ، وعلى ذلك يصح أن تتوفر في شخص شروط الفقرة الثالثة دون شروط الفقرة الثانية كما سبق أن أوضحناه فيعتبر مصريا مع ذلك بحكم القانون .

وليس الحكم الوارد في الفقرة الثالثة مستحدثا في قانون سنة ١٩٢٩ إذ أنه نظيره في مرسوم الجنسية الصادر في ٢١ مايو سنة ١٩٢٦ حيث تنص المادة الثانية منه على ما يأتي « يعتبر قد دخل الجنسية المصرية منذ ٥ نوفمبر سنة ١٩١٤ وبحكم القانون الرعايا العثمانيون الذين كانوا يقيمون عادة في القطر المصري في ذلك التاريخ وحافظوا على تلك الإقامة حتى تاريخ نشر هذا القانون » (١) وهو ٣١ مايو سنة ١٩٢٦ . وظاهر أن النصين متطابقان مع خلاف بسيط بشأنه تاريخ دخول هؤلاء الأشخاص الجنسية المصرية . فوفقا للنص القديم يعتبرون مصريين منذ ٥ نوفمبر سنة ١٩١٤ أما وفقا للنص الجديد فدخولهم الجنسية المصرية غير محدد بتاريخ .

ولقد دار الخلاف حول معرفة ما إذا كان العثمانيون الذين غادروا الديار المصرية بعد ٣١ مايو سنة ١٩٢٦ ^(٢) وانقطعت اقامتهم فيها يتمتعون بالجنسية المصرية أولا . جلي أن نص قانون سنة ١٩٢٩ يستلزم المحافظة على الإقامة حتى ١٠ مارس ١٩٢٩ لكي يعترف لهؤلاء الأشخاص بالجنسية المصرية ، ولكن مع ذلك وجد من قال بالرأي العكسي . فيقرر الدكتور الزيني ^(٣) أن لهؤلاء العثمانيين حقا مكتسبا بموجب القانون القديم وأنه يجب احترام هذا الحق والا ارتبكت معاملاتهم التي رتبوها باعتبار أنهم مصريون منذ سنة ١٩١٤ على حسب منطق

(١) راجع الأستاذ الزيني الملحق ٥٨٥ .

(٢) وهو تاريخ نشر قانون سنة ١٩٢٦ .

(٣) مؤلفه الملحق ٥٩٠ — ٥٩١ .

المادة الثانية القديمة . ويرى الأستاذ رياض^(١) أن تمتع هؤلاء الأشخاص بالجنسية المصرية مداره وجود مظهر خارجي يدل على ذلك كالتعيين في وظيفة حكومية^(٢) بناء على هذا الاعتبار أو حصول الشخص على جواز سفر الخ . فان لم يوجد هذا المظهر الخارجي فلا يمكن اعتبار هؤلاء الأشخاص مصريين .

أما نحن فنقرر أن قانون سنة ١٩٢٩ هو القانون الوحيد الواجب التطبيق ولا محل هنا للقول بوجود حق مكتسب للفرد ضد الدولة في اكتساب جنسيتها رغم نص المشرع على ضرورة توافر شرط الإقامة في حق أولئك الأشخاص حتى ١٠ مارس سنة ١٩٢٩ ، وعلى الغائه لقانون سنة ١٩٢٦ الغاء صريحاً^(٣) ، واعتباره كأن لم يكن إلا ما استثنى منه بنص صريح ، كما سنرى عند الكلام في المادة الثانية من قانون سنة ١٩٢٩ . والواقع أننا هنا في نطاق القانون العام ويمكن القول بأن لقانون الجنسية قوة شبه دستورية إذ ينظم أهم رابطة بين الفرد والدولة . ولا شك في أن الدولة مطلقة الحرية في تقرير هذه العلاقة وتقديرها على الوجه الملائم^(٤) وبخاصة عند وضع أسس جنسيتها ، فلا يمكن أن يكون المشرع قد قصد الاحتفاظ بالجنسية لأشخاص — هم في الأصل أجنب — مع أنهم غادروا البلاد وانقطعت اقامتهم فيها . يضاف الى هذا أنه رغم وجودهم فيها

(١) مؤلفه ١ . ١٢٧ .

(٢) ويلاحظ أنه اذا استمر الشخص في وظيفته فلا محل للمنازعة .

(٣) فيقرر النص الفرلى للمادة ٢٥ .

Est et demeure abrogé le Décret-Loi du 26 Mai 1926 sur la nationalité égyptienne هذا ويلاحظ أن التشريع المصرى للجنسية موضوع في مواده ١ — • حكم الماضى لا لحكم المستقبل فكيف يمكن أن تثار مسألة الحقوق المكتسبة . ونذكر بهذه المناسبة أن التشريع الألمانى بشأن الجنسية الصادر في سنة ١٩٣٦ جعل أساس الجنسية الألمانية الجنس الآرى فلا يمكن لليهود الألمان أن يتمسكوا بحقهم المكتسب في الجنسية الألمانية .

(٤) قارن تعليقنا على مؤلف الأستاذ رياض في مجلة القانون والاقتصاد . السنة الرابعة . العدد الثانى . ٢٣٠ . وكذلك مقال Mirkine-Guetzévitch في كتاب الجنسية السابق الاشارة اليه ٦٩ — ٩٧ في العلاقة بين الجنسية والدستور .

كان التردد ظاهرا في منحهم الجنسية المصرية . وليس أدل على ذلك من غياب نص مماثل في مشروع لجنة مجلس النواب المعدل لقانون سنة ١٩٢٦ ، فاللجنة لم ترض ، على ما يظهر ، أن تعتبر هؤلاء الأشخاص ضمن المصريين ولكن المشرع في سنة ١٩٢٩ خالف هذا الرأي فاعتبرهم مصريين ولم يحدد لدخولهم الجنسية المصرية تاريخا كما فعل في سنة ١٩٢٦ بل سواهم في الحكم بالمصريين الحقيقيين فجمعهم معهم في مادة واحدة ، وفي هذا ما يشعر بروح التوسع من جانب المشرع ، ومن الصعب علينا تبريرها . ازاء هذه الاعتبارات لا يكفي أن يكون الخوف من ارتباطك معاملات هؤلاء الأشخاص سببا لأن يعترف لهم بالجنسية المصرية خلافا لارادة المشرع ، على أنه يقلل من أهمية هذا الاعتراض أن حقوق الغير الذين تعاملوا مع هؤلاء الأشخاص على اعتبار أنهم مصريون في مأمن لأنها حقوق خاصة ، وذلك وفقا للمبدأ المعروف . . . Res inter alios ولأن الجنسية علاقة بين الدولة والفرد فلا يتأثر بها الغير في حقوقه الخاصة . وسنعود الى هذه المسألة بمناسبات كثيرة فيما بعد .

ومن الجهة الأخرى لا يمكننا الأخذ بفرقة المظهر الخارجي لأنها تجعل التمتع بالجنسية المصرية رهن المصادقات والظروف . وهذا ما لا نقره . ومفهوم من روح تشريع سنة ١٩٢٩ ، ومن مذكرته الايضاحية ، أن هذا القانون هو الوحيد المنظم للجنسية المصرية . وانه لا عبرة بقانون سنة ١٩٢٦ الذي لم يخرج الى حيز التنفيذ بل كان من المفروض أنه صدر بتسرع زائد أريد تداركه فيما بعد بقانون سنة ١٩٢٩ . وفي النهاية فان الرأي الذي قلنا به هو المتبع عملا فأتى به قلم قضايا الداخلية مرارا ^(١) وأخذ به القضاء المختلط في أحكام استئنافية

(١) ومنها فتوى صدرت في ١٢ مايو سنة ١٩٢٩ بشأن رجل حجازي (مسعود صالح عباس) حضر الى مصر في سنة ١٩٢٤ فطلب لتأدية الخدمة العسكرية في سنة ١٩٢٨ ، أي بعد صدور قانون الجنسية في سنة ١٩٢٦ ، ذلك القانون الذي يكسبه الجنسية المصرية (المادة ٣) بحكم القانون . فلما نظم الرجل وعرض الأمر على قلم القضايا أفتى بإيقاف اجراءات الاقتراع ، وبأن هذا الرجل لم يكتسب الجنسية لأن المرسوم بقانون سنة ١٩٢٩ لم يعتبر العثمانيين الذين حلوا بمصر بعد ٥ نوفمبر سنة ١٩١٤ مصريين بحكم القانون كما كان الحال في قانون سنة ١٩٢٦ ، بل يجب أن يقدموا طلبا بذلك . وهذا الرجل لم يقدم طلبا بل اختار الجنسية =

وابتدائية متعددة (١) .

٤٤٢ — وهناك عثمانيون ميزهم المشرع عن الجميع فاعتبرهم مصريين بلا شرط ولا قيد وهم أعضاء الأسرة المالكة (٢) . وقد أتى النص بشأنهم فى الفقرة الأولى من المادة الأولى من قانون سنة ١٩٢٩ . فانتقطع بذلك كل شك فى أمرهم لعدم النص عليهم فى قانون سنة ١٩٢٦ (٣) .

وخلاصة ما تقدم أن المشرع المصرى فرض جنسيته فرضا على الأشخاص المذكورين فى المادة الأولى فى فقراتها الثلاث لأنه اعتبرهم داخلين فى كيان الدولة المصرية ، ولذلك اعتمد عليهم كأساس للجنسية المصرية الأصلية ، بمعنى أن أولادهم يصبحون مصريين لبنوتهم المصرية .

٤٤٣ — على أن المشرع المصرى قد أورد فى المادة الثانية من قانون سنة ١٩٢٩ حكما مقيدا لتطبيق الفقرتين الثانية والثالثة من المادة الأولى . ويظهر ذلك فى قوله « لا تنطبق أحكام المادة السابقة على كل شخص ممن أشير اليهم فى (ثانيا) و (ثالثا) ولد أو كان أبوه مولودا فى تركيا أو فى إحدى البلاد التى فصلت عن تركيا بمقتضى معاهدة لوزان وكان قد قدم قبل تاريخ نشر هذا

الحجازية وذلك طبقا لمواد معاهدة لوزان لا وفقا للمادة الثانية كما قد يتوهمه البعض . وانظر أيضا فتوى القسم فى طلب كل من فواز مكى الحسينى وأخيه عبد المطلب الحجازيين فى ٢٣ مايو ١٩٢٩ وقد اتبع بشأن طلبهما الرأى الذى تقول به .

(١) انظر ٥ مارس ١٩٣١ . م . ت . م . ٤٤ . ٢٦٨ وقارن ٢٨ مارس ١٩٣٥ جريدة مصر القضائية عدد ٢ مايو ١٩٣٥ و ٨ مايو ١٩٣٥ (قضية طعمه) فى جريدة مصر القضائية عدد ٢٦ مايو ١٩٣٥ وورد فى هذا الحكم الفقرة الآتية :

Attendu que la première loi sur la nationalité égyptienne de 1926 par le fait qu'elle n'a pas reçu l'application et qu'elle a été remplacé par la loi de 1929.

(٢) ولا يترتب على إسقاط لقب الامارة أو النبالة عن أحد أعضاء الأسرة الملكية زوال الجنسية المصرية عنه . وقد حرم القانون رقم ٢٨ سنة ١٩٢٢ الحديوى السابق من المصرية أهلية التقاضى والحجى الى مصر ولا يبنى ذلك أنه مصرى وفقا للنص السالف .

(٣) ويدخلون معهم زوجاتهم وأولادهم القصر والبالغين على السواء راجع بعده .

القانون انتفعا بأحكام المادة الرابعة من المرسوم بقانون الصادر في ٢٦ مايو سنة ١٩٢٦ طاب اختيار الى الحكومة التركية أو الى الحكومات التي لها الولاية في البلاد المفصلة . وذلك بشرط أن يقع الاختيار نافذا بحسب تشريع البلد الذي اختار جنسيته . . فحق الاختيار المذكور في هذه المادة لا يمكن أن يستفيد منه أعضاء الأسرة المالكة . فاذا حصل أن أحدهم قد استفاد فعلا من هذا الخيار عملا بأحكام المادة الرابعة من القانون القديم فإن اختياره غير نافذ ويتجرد من كل آثاره . ولا محل أيضا للقول هنا بالحق المكتسب لأننا في نطاق القانون العام ، أى في مجال وضع أسس الجنسية المصرية ، ومن الواضح أن المشرع قد عدل عن أحكامه القديمة واعتبرها كأن لم تكن .

٤٤٤ — ولكي يتمتع الأفراد المذكورون في الفقرتين الثانية والثالثة من المادة الأولى بهذا الاختيار يلزم توفر الشروط الآتية :

أولا : أن يكون المختار قد ولد هو أو أبوه في تركيا أو في أحد البلاد التي فصلت عن تركيا بمعاهدة لوزان ، ما عدا مصر طبعاً ، فهذا الشخص الحق في اختيار الجنسية التركية أو اليونانية أو الحجازية أو العراقية . . الخ على حسب الأحوال . وقد أعطى حق الاختيار بالنسبة للجنسيات غير العثمانية لهؤلاء الأشخاص بموجب معاهدة لوزان نفسها في المادة ٣٤ ومقتضاها أن العثمانيين الذين يزيد عمرهم على ١٨ سنة ويكون أصلهم من أحد البلاد التي فصلت عن تركيا ، يحق لهم ، ولو كانوا مقيمين خارج بلادهم الأصلية عند تقاذا المعاهدة أن يختاروا في مدة سنتين جنسية بلادهم الأصلية إذا كانوا ينتسبون بجنسهم *par leur race* لغالبية السكان في البلد المذكور وبشرط قبول حكومته . وظاهر أن النص المصري متفق في الواقع الى حد كبير في حكمه مع نص معاهدة لوزان السابق .

ثانيا : أن يكون المختار قد انتفع من أحكام المادة الرابعة من قانون سنة

١٩٢٦ : وذلك بأن يكون قد قدم طلب اختيار الى الحكومة التركية أو الى إحدى الحكومات التي لها الولاية في البلاد المفصولة في خلال سنة من تاريخ نشر هذا القانون أى الى ٣١ مايو سنة ١٩٢٧ ، وقد مد^(١) المشرع هذا الأجل في قانون سنة ١٩٢٩ الذى ألغى قانون سنة ١٩٢٦ برمته ما عدا الاستثناء الذى نص عليه على الوجه السالف . ويظهر أن السبب في وجوده راجع لاعتبارات سياسية ودولية اذ أن المسألة هنا لا تقف عند تحديد علاقة جنسية بين الدول وجانب من السكان فقط ، اذ أن للدول الأخرى حقوقا على هؤلاء السكان تزداد ظهورا اذا كان هؤلاء السكان قد أعلنوا رغبتهم في الانضمام اليها واعتناق جنسيتها .

ثالثا : أن يقع الاختيار نافذا بحسب تشريع البلد الذى قدم اليه المختار الطلب : وظاهر أن الغرض من هذا الشرط هو منع اللاجنسية ، فخرج هؤلاء العثمانيين من الجنسية المصرية معقودة بقبول البلاد الأخرى لهم بحسب تشريعها والابقيت لهم جنسيتهم ، وهذا التحرز معقول ومفيد من الوجهتين الوطنية والدولية .

والواقع من الأمر أن المادة الثانية تهدم المادة الأولى هدمًا جزئيًا ، أو بعبارة أخرى تهدم أسس الجنسية المصرية ، وربما كان من الأوفق التضييق من حكم الاستثناء الوارد فيها على قدر الامكان وقصره على الأشخاص المذكورين في الفقرة الثالثة فقط لأنهم في الحقيقة ليسوا مصريين صميمين كالمذكورين في الفقرة الثانية ، ولكن يظهر أن المساعي السياسية كانت سببا في ايراد النص على هذا الشكل .

ومن الجهة الأخرى فإن المشرع المصرى أراد أن يعرقل استعمال هذا الاختيار فأجاز لوزير الداخلية أن يصدر أمرا للمختار بالخروج من الأراضى المصرية في ظرف الستة أشهر التالية لهذا الأمر ، فإن لم يغادرها في الأجل المطلوب أو عاد اليها بعد مغادرته اياها للإقامة فيها وذلك قبل مضي خمس سنوات من تاريخ الأمر المذكور أبعد منها وفقا لأحكام المادة الثانية في فقرتها الثانية

(١) ويمتد الأجل حتى قبل نشر قانون سنة ١٩٢٩ .

والثالثة . ويستفاد من هذا النص أنه اذا عاد المختار الى مصر بعد مضي خمس سنوات فانه يرجع اليها أجنبيا ، وهو حكم غريب قد لا يتناسق تماما مع تقرير اجزاء السالف .

٤٤٥ — ميز الشارعين العثمانيين فاعتبر بعضهم داخلا في الجنسية المصرية بحكم القانون وذكرهم في المادة الأولى مع مراعاة الاستثناء الوارد في المادة الثانية . وقد بينا العلة في وضع الأصل والاستثناء ، ولكن هناك طائفتين أخرتين من العثمانيين أجاز الشارع اعطاءهم الجنسية المصرية اذا ما طلبوها حتى اذا لم يفعلوا وسكتوا أوقع بهم جزاءات على الوجه الذي منذ كره حالا .

٤٤٦ — أما الطائفة الأولى فنص عليهم في المادة الثالثة في قوله « يسوغ للرعايا العثمانيين الذين جعلوا اقامتهم العادية في القطر المصري بعد تاريخ ٥ نوفمبر سنة ١٩١٤ وحافظوا على تلك الإقامة حتى تاريخ نشر هذا القانون أن يطلبوا في خلال سنة من تاريخ هذا النشر اعتبارهم داخلين في الجنسية المصرية » وهذه المادة تقابل المادة الثالثة^(١) في تشريع سنة ١٩٢٦ مع الفروق الآتية : أولا : أن هذه المادة قد جعلت دخول الجنسية المصرية معقودا بالطلب بخلاف الحال في المادة القديمة فانه جعلته حاصلا بنص القانون . وقد عدل المشرع عن الحكم القديم متأثرا ببعض الاعتراضات الوجيهة التي رفعت ، وأساسها أنه لاوجه لاعتبار العثمانيين الذين حلوا بمصر بعد ٥ نوفمبر سنة ١٩١٤ مصريين بحكم القانون ما دام انفصال مصر عن البلاد العثمانية قد حدد له تاريخ ٥ نوفمبر المذكور . ثانيا : أن النص الجديد جعل دخول الجنسية من وقت الطلب بخلاف النص القديم فان الدخول فيها كان من وقت النشر . ثالثا : أن القانون الجديد باستلزامه تقديم طلب رتب جزاءات عند عدم تحقق ذلك بخلاف القانون القديم فلم يكن هناك محل لشيء من هذا .

(١) وهاك نص المادة الثالثة القديمة « يعتبر قد دخل الجنسية المصرية منذ تاريخ نشر هذا القانون وبحكمه أيضا الرعايا العثمانيون الذين جعلوا اقامتهم العادية في القطر المصري بعد تاريخه ٥ نوفمبر سنة ١٩١٤ وحافظوا على تلك الإقامة حتى تاريخ نشر هذا القانون » .

٤٤٧ — ويشترط لتطبيق نص المادة الثالثة الجديدة علاوة على تقديم الطالب في المدة المحدودة أن يكون الطالب قد جعل اقامته في مصر بعد ٥ نوفمبر سنة ١٩١٤ وقبل ٣١ أغسطس سنة ١٩٢٤ ، أى قبل تاريخ تنفيذ معاهدة لوزان ، لأن هذه المعاهدة هي التي حددت في النهاية من هم العثمانيون الصميمون الذين لا تربطهم بمصر ولا بالأقاليم المنفصلة الأخرى أية علاقة . وهذا الحكم مستفاد أيضا بالمقارنة مع نص المادة ٢٣ في قانون الجنسية المصرية الذي يقرر أن الرعايا العثمانيين في تأويل أحكام هذا القانون هم رعايا الدولة العثمانية القديمة قبل تاريخ العمل بمعاهدة لوزان . فكل من أتى الى مصر من العثمانيين القدماء بعد ٣١ أغسطس سنة ١٩٢٤ لا يعتبر أنه أقام اقامة عادية في مصر تبيح له الاستفادة من نص المادة الثالثة السابقة الذكر . وبهذا أفنى قلم قضايا الداخلية ، وقد اعتبر مرة أن مدة ست سنوات تقريبا غير كافية للدلالة على الاقامة العادية ولو أنها سابقة على تاريخ العمل بمعاهدة لوزان . ولم تعرض المسألة بعد على القضاء . وغنى عن البيان أن النص يستلزم فوق ما تقدم ضرورة توفر الاقامة الى ١٠ مارس سنة ١٩٢٩ . فاذا تحققت الشروط السانفة الذكر فإن الطلب واجب قبوله ولا يمكن رفضه . وفي هذا ما يثبت أن الفارق ليس كبيرا عملا بين نص المادة الجديدة والقديمة .

فان لم يطلب هؤلاء العثمانيون الدخول في الجنسية المصرية في خلال سنة من تاريخ نشر هذا القانون جاز لوزير الداخلية أن يوجب عليهم مغادرة الأراضى المصرية على النحو الذى بيناه عند شرح المادة الثانية . هذا وقد أثارت المادة الثالثة التى نحن بصددنا الخلافات ، فاعتبرها الأستاذ الزينى ^(٢) عديمة الفائدة ، وأنه لم يكن لها داع بدعوى أن هؤلاء العثمانيين حقوقا مكتسبة فى التمتع بالجنسية المصرية بحكم القانون وفقا للمادة الثالثة القديمة .

(١) أى الأتراك رعايا الجمهورية التركية الحديثة .

(٢) انظر مؤلفه الملحق ٦٠١ — ٦٠٣ .

وتقد بينا ما فى هذا الرأى من شوائب اذ أنه متناق مع المبادئ المقررة فى القانون العام ، ومضاد للقواعد الأساسية فى الجنسية ، ولذا لم يلق نجاحا فى العمل اذ الافتاء على عكسه ، وكذلك يرفض القضاء الأخذ به ، لما يترتب عليه من جعل النصوص لغوا ، ومن المعلوم أن اعمال النصوص خير من اهلها . أما الأستاذ رياض^(١) فقال هنا أيضا بتفرقة السابقة التى تقوم على وجود مظهر خارجى أولا ، وعيب هذه التفرقة أنه لا سند لها من القانون .

٤٤٨ — وقد أتى ذكر الطائفة الثانية من العثمانيين فى المادة الرابعة التى تقرر أنه « يجوز للرعايا العثمانيين الذين كانوا يقيمون عادة بالقطر المصرى فى ٥ نوفمبر سنة ١٩١٤ ولم يحافظوا على تلك الإقامة حتى تاريخ نشر هذا القانون أن يطلبوا خلال سنة من تاريخ هذا النشر اعتبارهم داخلين فى الجنسية المصرية » وهذا النص قريب من نص المادتين السادسة والسابعة^(٢) من قانون سنة ١٩٢٦ مع ملاحظة الآتى . أولا : أنه بموجب القانون القديم يكتسب الطالب الجنسية

(١) راجع مؤلفه ١ . ١٤١ — ١٤٣ والافتاء دائما يجرى على الرأى الذى تقول به انظر فتوى قسم قضايا الداخلية فى طلب « فواز مكي الحسينى وأخيه » فى ٢٣ مايو سنة ١٩٢٩ وكذلك الفتوى الصادرة فى نفس اليوم فى طلب المدعو « انيس سعيد خرتوش » .

(٢) وتنص المادة السادسة « يسوغ للرعايا العثمانيين الذين كانوا يقيمون عادة بالقطر المصرى من ٥ نوفمبر سنة ١٩١٤ ولم يحافظوا على تلك الإقامة حتى تاريخ نشر هذا القانون أن يطلبوا فى خلال سنة من تاريخ هذا النشر أن يعتبروا داخلين فى الجنسية المصرية من ٥ نوفمبر سنة ١٩١٤ .

وجوز لوزير الداخلية تكليف الطالب بالعودة الى القطر المصرى فى الميعاد الذى يحدده لتحقيق طلبه .

وكذلك الوزير فى أحوال استثنائية أن يرفض الاعتراف للطالب بالجنسية المصرية وذلك بقرار يصدره بعد موافقه مجلس الوزراء .

ويجب أن يعلن اعتراف وزير الداخلية للطالب بالجنسية المصرية أو قرار الرفض الى صاحب الشأن فى خلال سنة على الأكثر بعد وصول الطلب .

وتنص المادة السابعة « يسوغ للرعايا العثمانيين الذين كانوا يقيمون عادة فى القطر المصرى =

المصرية من ٥ نوفمبر سنة ١٩١٤ (المادة السادسة قديمة) أو يصبح مصرياً بقوة القانون (المادة السابعة قديماً) وأما بموجب القانون الجديد فلا يدخل الجنسية المصرية قبل ١٠ مارس سنة ١٩٢٩ ^(١) . ثانياً : ان المادة السادسة القديمة كانت خاصة بالأشخاص الذين كانوا يقيمون عادة بالقطر المصري من ٥ نوفمبر سنة ١٩١٤ والمادة السابعة كانت خاصة بمن كانوا يقيمون قبل ذلك التاريخ ، بخلاف الحال في المادة الرابعة الجديدة فهي خاصة بمن كانوا يقيمون اقامة عادية في ٥ نوفمبر سنة ١٩١٤ .

وعلى أية الأحوال فانه يشترط لتطبيق النص الجديد أن يثبت الطالب أنه كان مقيماً في مصر اقامة عادية في ٥ نوفمبر سنة ١٩١٤ ، ولكنه تركها مع ذلك فيما بعد ، أى قبل تاريخ نشر هذا القانون ، لأنه لو كان قد استمر على اقامته لأصبح مصرياً بحكم القانون وفقاً للمادة الأولى الفقرة الثالثة .

فاذا ما قدم الطلب ، فالمستفاد من النص وجوب قبوله بحسب الأصل بعد أن يتحقق وزير الداخلية من توفر الشروط السالفة . ولقد أباح المشرع للوزير أن يكلف الطالب بالعودة الى القطر المصري في الميعاد الذى يحدده لتحقيق طلبه لا ليقم فيه من جديد .

ومع ذلك يصح للوزير في أحوال استثنائية أن يرفض الاعتراف للطالب بالجنسية المصرية . وفي هذه الحالة يصدر قرار من الوزير بذلك بعد موافقة مجلس الوزراء ، فان أصدره بمفرده بقراره باطل لا يترتب عليه أى أثر .

== قبل ٥ نوفمبر سنة ١٩١٤ ولم يحافظوا على تلك الاقامة حتى ذلك التاريخ أن يطلبوا في خلال سنة من تاريخ نشر هذا القانون اعتبارهم مصريين .

• ولو وزير الداخلية الحق المطلق في قبول هذا الطلب أو رفضه كما أن له أن يفرض ما يراه من الشروط أو التكاليف لاعتبارها كذلك .

ويجب على كل حال اعلان صاحب الشأن بقرار الوزير في خلال سنة على الأكثر بعد وصول الطلب .

(١) ويصح أن يدخلها في خلال سنة من تاريخ نشر القانون .

٤٤٩ — ويتبين مما تقدم أنه بالنسبة لهذه الطائفة من العثمانيين هناك احتمال عدم منحهم الجنسية المصرية ، وذلك من باب الاستثناء ، وفي هذا ما يجعل حالتهم قريبة من حالة التجنس العادى اذ فى مقدور السلطة التنفيذية على النحو الذى أوضحناه أن لا تعترف لهم بالجنسية فيظلون عثمانيين كما كانوا .

هذا ويجب أن يعلن قرار وزير الداخلية لصاحب الشأن فى خلال سنة على الأكثر بعد تقديم الطلب سواء كان هذا القرار صادرا بالاعتراف أو بالرفض . فإذا مضت السنة بدون اعلان فانه يفترض قبول الطلب لأن الرفض مقصور فقط على أحوال استثنائية فيجب أن يكون صريحا . ويترتب على ما تقدم أن دخول الطالب فى الجنسية المصرية يتقرر باعتراف الوزير أو بعد فوات سنة على وصول الطلب فى حالة عدم اعلان القرار السالف .

هذا وقد أثارت المادة الرابعة الجديدة بدورها الخلافات ، وذلك بسبب مغايرتها لأحكام المادتين السادسة والسابعة من القانون القديم . ولما كانت هذه الخلافات هى بعينها التى أثارت بمناسبة المادة الأولى الفقرة الثالثة والمادة الثالثة من قانون الجنسية فلا نرى داعيا هنا للتكرار .

٤٥٠ — وملخص ما ذكرناه حتى الآن بشأن الانفصال بين الجنسية المصرية والجنسية العثمانية ، أو بعبارة أدق بشأن الانتقال من الجنسية العثمانية القديمة للجنسية المصرية الحديثة هو أن المشرع قد حدد فى المادتين الأولى والثانية من قانون سنة ١٩٢٩ المصريين بحكم القانون ، فلم يجعل دخولهم الجنسية المصرية متوقفا على ارادتهم بل فرض عليهم الجنسية المصرية فرضا واعتبرهم الآباء المصريين الذين أشار اليهم فى المادة السادسة فوضع بذلك أساس الجنسية المصرية بالنسبة للمستقبل ظاهرا فى صدر القانون ، ولكن رأينا أن هذه الأحكام تنصرف أيضا الى الماضى لأن المشرع أراد جعلها كاشفة للجنسية المصرية لا منشئة لها .

وقد أعقب المشرع المادتين السابقتين بالمادتين الثالثة والرابعة التى أتى

فيهما بأحكام وقتية بحجة لمصلحة صنف من الأجانب — هم العثمانيون الذين استوفوا شروطا معينة — فأجاز لهؤلاء الأشخاص طلب الجنسية المصرية في مدة معينة ، ولم يعط للسلطة التنفيذية حق رفض هذا الطلب الا في أحوال استثنائية . وظاهر أن المشرع راعى في ذلك كله الروابط التي تربطنا بالعثمانيين وعلى الأخص من سبقت لهم الإقامة عندنا . ومع هذا فإن الأشخاص المذكورين في المادتين الثالثة والرابعة ليسوا ضمن الآباء المصريين المذكورين في المادة الأولى ^(١) ، ولذا فإن اكتسابهم الجنسية المصرية لاحق لجنسيتهم العثمانية الأصلية . ويبدأ في تاريخ متأخر على التفصيل الذي أوضحناه ، وتدل الأحكام الخاصة بهم على أن مركزهم قريب من مركز «المتجنسين» .

٤٥١ — ولا شك في أن من يدخل الجنسية المصرية بناء على أحد المواد السابقة يدخل معه أفراد عائلته ، محافظة على وحدة الجنسية في العائلة لذلك قرر المشرع في المادة الخامسة « دخول الجنسية المصرية بمقتضى الأحكام السابقة يشمل الزوجة والأولاد القصر بحكم القانون ^(٢) » . فالزوجة والأولاد القصر ليسوا محتاجين الى اتخاذ أى إجراء كي يكتسبوا الجنسية المصرية ، بل يكفي أن تكون هذه الجنسية قد ثبتت لرئيس العائلة بسبب من الأسباب السالفة كي تتقرر في الوقت نفسه لزوجته ولأولاده القصر ، سواء كانت الزوجة في الأصل

(١) وذلك لا ينفي وجوب مراعاة الأحكام الاستثنائية التي أوردتها المادة الثانية .

(٢) وربما كان في هذا الحكم ما يشعر بأن المواد السابقة الأربع مقصورة في تطبيقها على الرجال فقط ، والواقع يخالف ذلك لأنها تنصرف الى الرجال والى النساء على السواء وان كانت نصوص الأمر العالى الصادر في سنة ١٩٠٠ المشار اليها في الفقرة الثانية من المادة الأولى منصرفه الى الرجال فقط باعتباره محددة لمن له حق الانتخاب من الرجال ، ولكن تطبيق الأحكام الواردة بهذا الأمر العالى بموجب الإشارة الواردة في قانون الجنسية يجعلها منصرفه الى الرجال والنساء على السواء وذلك مع ملاحظة أحكام الفقرة الثالثة من المادة الأولى من هذا الأمر العالى .

وعلى ذلك يمكن للعثمانيات قديما أن يكتسبن الجنسية المصرية بناء على أحكام المواد الأربعة السالفة الذكر ولو لم يكن متزوجات . وتظهر فائدة المادة الخامسة على الأخص فيما يتعلق بزوجات العثمانيين اذا كن في الأصل متمتعات بجنسية دولة أجنبية .

عثمانية أو أجنبية . وهذا الحكم ظاهر كل الظهور بالنسبة للأشخاص المذكورين في الفقرتين الأولى والثانية من المادة الأولى ، ومن الممكن التسليم به حتى في حالة غياب نص المادة الخامسة . أما بالنسبة للأشخاص المذكورين في المادتين الثالثة والرابعة — وقلنا انهم في مركز المتجنسين — وكذلك بالنسبة للأشخاص المذكورين في الفقرة الثالثة من المادة الأولى ، وهم ليسوا من الرعايا المحليين ، أى أن مصريتهم وإن كانت مقررة بنص القانون إلا أنها ليست قديمة في أصلها ، كالأشخاص المذكورين في الفقرة الثانية ، فإن هؤلاء لا ينقلون جنسيتهم المصرية المكتسبة لزوجاتهم ولأولادهم القصر إلا بنص تشريعى ، هو الذى أورده المشرع في المادة الخامسة التى تتجانس فى هذا الصدد مع الأحكام الواردة فى التجنس (المادتان ١٥ ، ١٦ من قانون الجنسية) .

ويبقى بعد ذلك تحديد جنسية الأولاد البالغين لهؤلاء الأشخاص الذين دخلوا الجنسية المصرية . لا شك فى أن فى امكانهم — ولهم استقلالهم الشخصى عن آبائهم — أن يكتسبوا الجنسية المصرية بأى سبب من الأسباب الواردة فى المواد السالفة متى توفرت لديهم الشروط التى استلزمها المشرع . فإذا لم تتوفر لديهم الشروط المطلوبة بأن كانوا غير مقيمين فى مصر وقت نشر القانون (المادة الأولى والمادة الثالثة) أو لم يكونوا مقيمين فى مصر فى ٥ نوفمبر سنة ١٩١٤ وكذلك وقت نشر القانون (المادة الرابعة) فإن المنطق القانونى يقضى بعدم دخولهم الجنسية المصرية . ولكن مع ذلك لا بد من مراعاة روح التشريع ورغبة المشرع فى افتراضه الجنسية المصرية قديمة ومعروفة من قبل تحت اسم الرعوية المحلية . فالأشخاص المذكورون فى الفقرة الثانية من المادة الأولى^(١) يمكنهم إذن أن ينقلوا الجنسية المصرية الى أولادهم القصر والبالغين على السواء ، ويتمتع بها هؤلاء دون أى شرط أو قيد لأنهم أبناء الآباء المصريين^(٢) . وعلى

(١) وهم الرعايا المحليون .

(٢) لأنهم كانوا دائماً مصريين فى نظر المشرع فيكتسب أولادهم الجنسية المصرية بواقعة الميلاد وحدها .

هذا جرى الافتاء في قلم قضايا الداخلية ونحن تؤيده .

٤٥٢ — وتتضح من البيانات السابقة علة تقديم هذه الأحكام الوقتية الخاصة بالعثمانيين ، اذ صدر بها المشرع قانون الجنسية نظرا لأهميتها . ولكى نقف بالضبط على مدى تطبيق المواد السالفة الذكر يجب أن نوضح المقصود من عبارة « الرعايا العثمانيين » التى وردت جملة مرات فى النصوص التشريعية . ولقد عنى المشرع نفسه بتحديد المراد بها فلم يتركه لأهل الفقه ولا للمحاكم بل أورد نصين خاصين بذلك ، وهما نصا المادتين ٢٣ و ٢٤ . أما المادة الثالثة والعشرون فتقرر أن الرعايا العثمانيين فى تأويل أحكام هذا القانون هم رعايا الدولة العثمانية القديمة قبل تاريخ العمل بمعاهدة لوزان المعقودة فى ٢٤ يوليه سنة ١٩٢٣ ^(١) . وحكمة الأخذ بتاريخ العمل بمعاهدة لوزان ظاهرة ، لأنه بمقتضى هذه المعاهدة قد سلخت بعض الأراضى من الامبراطورية العثمانية القديمة ، فنشأت دول جديدة كاملة السيادة أو ناقصتها على حسب الأحوال . كما أن بعض هذه الأراضى قد ضم الى دول أخرى ، فالعثمانيون المقيمون فى الدول الجديدة أو فى الأراضى المنضمة يكتسبون جنسية جديدة بقوة القانون وبموافقة الشروط المنصوص عليها فى التشريع المحلى للبلد الجديد أو للبلد الذى ضمت اليه هذه الأجزاء . فاذا حضر أولئك العثمانيون الآخرون الى مصر بعد ٣١ أغسطس سنة ١٩٢٤ (تاريخ العمل بالمعاهدة) فإنهم يعتبرون بلا شك ضمن الأجانب ، أما اذا كانوا قد حضروا اليها قبلها للاقامة فيها ، فهم من العثمانيين فى تأويل أحكام قانون الجنسية المصرية ما داموا لم يكتسبوا جنسية جديدة . فنص المادة ٢٣ اذن مقصود به التجانس والتناسق مع أحكام معاهدة لوزان التى اعترفت بتركيا الجديدة والتى لا يربط رعاياها بالدولة المصرية أية رابطة ، فيعاملون معاملة غيرهم من الأجانب تماما .

ولقد أوردت المادة ٢٤ استثناءا على التأويل المذكور فى المادة ٢٣ فى قولها

(١) وتاريخ العمل بها هو ٣١ اغسطس سنة ١٩٢٤ . وسبق أن أشرنا للمادة السابقة عند شرحنا للمادة الثالثة من القانون .

« لا يعتبر من الرعايا العثمانيين في تأويل أحكام هذا القانون أولاد من كان قديماً من الرعايا العثمانيين ودخل في جنسية أجنبية دخولا صحيحا بمقتضى ترخيص من الحكومة العثمانية أو الحكومة المصرية إذا كان القانون الخاص بهذه الجنسية الأجنبية يلحقهم بهذه الجنسية ». وقد يبدو هذا الحكم غريباً في أول الأمر إذ من المقرر بصفة عامة أن المتجنس ينقل جنسيته إلى زوجته وأولاده القصر، فكان من الطبيعي إذن أن لا يعتبر الأولاد القصر من العثماني المتجنس بجنسية أجنبية عثمانيين إذ تلحقهم جنسية أبيهم الجديدة، وهذا ما حدا بالبعض إلى القول بأن المشرع المصري قد أخطأ بوضعه هذا النص. ولكن يزول كل عجب إذا عرفنا أن القانون العثماني القديم في مادته الثامنة كان يقضى بأن زوجة وأولاد العثماني الذي يتجنس بجنسية أجنبية يظلون عثمانيين. وكان هذا النص مؤدياً للتنازع مع قوانين الدول الأجنبية التي تأخذ في العادة بالمبدأ الذي ذكرناه. إزاء هذه الاعتبارات أتى المشرع بنص المادة ٢٤ فاصلاً في النزاع الذي كان موجوداً بين المادة الثامنة السالفة الذكر وقوانين الجنسية الأخرى فاعتبر هؤلاء الأولاد أجانب أي يدخلون في جنسية أبيهم الجديدة إذا كان هذا القانون يلحقهم بها.

ورغم ما تقدم فقد أتى المشرع المصري بحكم استثنائي لمصلحة هؤلاء الأولاد إذ قررت المادة ٢٤ الفقرة الثانية أنه « يسوغ لهم في خلال السنة التالية لبلوغهم سن الرشد أو التالية لنشر هذا القانون أن كانوا قد تم لهم بلوغ هذه السن أن يدخلوا الجنسية المصرية إذا قرروا رغبتهم في ذلك وجعلوا اقامتهم العادية في القطر المصري ». ومبنى هذا الحكم هو العلائق الخاصة التي تربطنا بالعثمانيين مما دعا إلى أن يتساهل المشرع معهم إلى حد تبسيطه الشروط اللازم توفرها فيهم لحصولهم على الجنسية المصرية، فاكتمل بتحديد اقامتهم العادية في القطر المصري وإظهار رغبتهم في الرجوع إلى الجنسية المصرية وذلك بعد بلوغهم. ومن المفيد أن نقرب هذا الحكم من شبيهه الوارد في المادة ١٦/٣ الخاصة بأولاد المصريين المتجنسين بجنسية أجنبية.

٤٥٣ — وهناك مسألة أخرى ، متعلقة بالأحكام الوقتية السالفة ، وقد عرض لها الدكتور الزيني^(١) وكذلك الأستاذ رياض^(٢) . وأساس هذه المسألة تعاقب قانوني الجنسية ، وموضوعها خاص بالاختيار الذي كان مشارا اليه في المادة الرابعة من قانون سنة ١٩٢٦ وهي المادة المقابلة للمادة الثانية من قانون سنة ١٩٢٩ التي أقرت ذلك الاختيار ومدت من أجله . فكان من نتائج هذا الاختيار وفقا لنص المادة ٢/٨ قديمة^(٣) ، أنه ينقل الجنسية المختارة الى زوجة المختار وأولاده القصر مع السماح للزوجة في خلال سنة من انتهاء الزوجية ، وللأولاد القصر في خلال سنة من تاريخ بلوغهم سن الرشد أن يرجعوا الى الجنسية المصرية اذا أظهروا رغبتهم في ذلك ، وجعلوا اقامتهم في القطر المصري . ولقد تساءل الكتاب عما يكون الحكم في حالة حصول هذا الاختيار صحيحا وفقا لأحكام القانون القديم ؟ لا شك في أنه ينتج نتائج طبيعية من نقل جنسية المتجنس الى زوجته وأولاده القصر ، لأن هذا الحكم مستثنى صراحة في قانون سنة ١٩٢٩ ، أى أن اكتساب المختار للجنسية الأجنبية صحيح وكذلك الحال بالنسبة لزوجته وأولاده القصر وفقا للمادة ٢/٨ . ولكن هل يجوز لهؤلاء استرداد الجنسية المصرية من جديد وفقا لأحكام هذه الفقرة ؟

من الثابت أن هذه الفقرة قد حذفت من تشريع سنة ١٩٢٩ فهل معنى ذلك عدم اباحة الاسترداد ؟ يقول الشراح في مصرانه اذا كانت الرغبة في دخول الجنسية المصرية قد أبديت فعلا من جانبهم قبل نشر قانون سنة ١٩٢٩ ووفقا

(١) انظر مؤلفه الملحق ٦٠٥ — ٦٠٦ .

(٢) انظر مؤلفه . ١ . ١٥٢ وما بعدها .

(٣) ونصها كالآتي : « وكذلك ينفذ حكم الاختيار المنصوص عليه في المادة الرابعة على الزوجة والأولاد القصر . غير أنه يسوغ للزوجة في خلال سنة من تاريخ انتهاء الزوجية وللأولاد القصر في خلال سنة من تاريخ بلوغهم سن الرشد أن يدخلوا الجنسية المصرية اذا قرروا رغبتهم في ذلك وجعلوا اقامتهم في القطر المصري » .

لأحكام قانون سنة ١٩٢٦ ، فإن ابداء الرغبة هذا يجعل لهم الحق مكتسبا فى الجنسية المصرية ، أما اذا لم تبد هذه الرغبة ولو بسبب أن الزوجية لم تكن قد انتهت أو لأن القاصر لم يبلغ بعد سن الرشد قبل نشر القانون فليس لهما الاسترداد فيما بعد ، وذلك لأن المشرع لم يأت فى قانون سنة ١٩٢٩ بنص مماثل للمادة ٢/٨ التى قررت هذا الحق فيما مضى ^(١) !

أما نحن فلا نقر هذا الرأى ونقول ان المشرع قد أحسن صنعا بحذفه نص المادة ٢/٨ لأنه كان زائدا عن الحاجة اذ فيه تكرار أولا : للمبادئ المقررة فى المادة ٤/١٥ التى تبيح لزوجة المصرى المتجنس بجنسية أجنبية حق الرجوع الى الجنسية المصرية وذلك فى قولها « عند انتهاء الزوجية يجوز للمرأة أن تسترد جنسيتها الأصلية بالشروط المبينة فى المادة السابقة » ومضمونها اظهار الرغبة والاقامة فى القطر المصرى أى نفس الشروط الواردة فى المادة ٢/٨ القديمة . ثانيا : للمبادئ المقررة فى المادة ٣/١٦ التى يستفيد منها الأولاد القصر من المصرى الذى تنسب بجنسية أجنبية فتقرر أنه « يسوغ للأولاد الذين تغيرت جنسيتهم بحسب الأحكام السابقة أن يقرروا اختيار جنسيتهم الأصلية فى خلال السنة التالية لبلوغ سن الرشد » فى هذه النصوص ما يكفى لاسترداد الجنسية المصرية بغير حاجة الى نص خاص كالذى أورده المشرع من قبل فى المادة ٢/٨ قديمة .

والرأى الذى قلنا به واضح كل الوضوح فى حالة ما اذا كان المختار قد اختار جنسية أحد البلاد المنفصلة عن تركيا ، ولكن قد يثير جانبا من الشك اذا كان المختار قد اختار الجنسية العثمانية ، أو بعبارة أخرى اذا أظهر المختار رغبته فى الاستمرار على جنسيته القديمة كما قد يتوهمه البعض . ويزول هذا الوهم اذا عرفنا أن هؤلاء المختارين قد ثبتت لهم الجنسية المصرية أولا بمقتضى المادة الأولى من قانون سنة ١٩٢٩ وأن مصرية بعضهم ترجع الى الماضى وفقا لما فصلناه فيما مضى . فاختيارهم للجنسية العثمانية بناء على هذا الحكم الاستثنائى ، معناه أنهم يتخلون

(١) انظر الدكتور الزينى المرجع السابق .

عن جنسيتهم المصرية ويدخلون في جنسية جديدة بالنسبة للجنسية المصرية التي ثبتت لهم وفي استطاعتهم البقاء عليها لو لزموا جانب الصمت . فان أظهروا رغبتهم في اكتساب الجنسية العثمانية فيعاملون اذن معاملة المتجنسين وفقا لأحكام قانون الجنسية المصرية الأخير .

(ج) التجنس^(١)

٤٥٤ — تكلم القانون عن التجنس في المواد ٧، ٨، ٩، ١١، ١٥، ١٦، ١٧ . وظاهر من هذا الترتيب أن المشرع قد فصل بين هذه المواد بمواد أخرى أي أنه لم يتبع ترتيبا منطقيا بحتا .

٤٥٥ — والتجنس وسيلة لاكتساب الجنسية المصرية عن طريق منحها للأجنبي الذي يرغب فيها متى استوفى شروطا معينة . ويتم بمرسوم وتقول في ذلك المادة الثامنة « التجنس يخول صاحبه صفة المصرية ويجوز منحه بمرسوم لكل أجنبي . . الخ » .

ويتبين من هذا التعريف أن للتجنس عنصرين . أولهما : عمل السلطة *acte de gouvernement* الذي يصدر من السلطة التنفيذية المصرية فتمنح به الجنسية المصرية لأجنبي عنها^(٢) . ثانيهما : عمل الأجنبي *acte de l'étranger* الذي يود اكتساب الجنسية المصرية فيقدم طلبا بذلك متى استوفى شروطا معينة . فالقاعدة اذن أن ارادة الدولة وحدها لا تكفي لاعطاء الأجانب جنسيتها، وكذلك ارادة راغب التجنس وحدها لا تكفي للتمتع بالجنسية الجديدة بل لا بد أن تتوافق الارادتان^(٣) لتحقيق التجنس أو بعبارة أخرى لاكتساب

(١) وفي الاصطلاح الفرنسي *La naturalisation* . وهو الأساس الثاني غير المباشر لاكتساب الجنسية .

(٢) قارن Weiss . ١ . ٣٣٤ حيث بين المؤلف أن منح جنسية الدولة مسألة متروكة لمطلق رأى السلطة التنفيذية *Acte souverain et discrétionnaire* وذلك لا ينفي وجوب توفر الشروط التي ينص عليها القانون لجواز المنح .

(٣) انظر ما سبق أن ذكرناه من قبل بشأن نظرية الجنسية التعاقدية *La nationalité contrat*

الجنسية الجديدة التي تعرف باسم الجنسية المكتسبة .

٤٥٦ — ونظام التجنس معروف في مصر منذ القانون العثماني اذ جاء ذكره في المادة الثالثة القديمة مشروطا بشروط لا تفترق كثيرا في مجموعها عن الشروط الواردة في المادة ٨ من قانون سنة ١٩٢٩. أما قبل القانون العثماني فكان المرجع للشريعة الاسلامية، وقد رأينا أن لها نظاما مخالفا كل المخالفة للنظام العصري الحاضر، وأساسه تقسيم القاطنين في البلاد الى مسلمين وذميين ومستأمنين، وأن الاسلام دين وجنسية^(١). وعلى العموم فان تاريخ التجنس كما هو مقرر في القوانين الحاضرة يرجع الى القرن الرابع عشر، ولكنه تطور على مر الأزمان^(٢).

٤٥٧ — وللتجنس أهمية كبرى في مصر في الوقت الحاضر لأن بلادنا قد فتحت أبوابها للمهاجرين الأجانب الذين لا جنسية لهم كاللاجئين الروس والأرمن، وكذلك للأشخاص الذين هم من أصل روسي وأضيفت بلادهم الى الدويلات الجديدة التي أنشئت بمعاهدة فرساي كبولونيا ولتوانيا، واستونيا، ولم ترض هذه الدول باعطاء جنسيتها لجميع هؤلاء القطان، أو فاتهم اكتساب جنسية احداها

(١) وأساسه الحالي هو حق الفرد في تغيير جنسيته بعد أن ثبت أن الولاء ليس دائما ويميل بعض رجال الفقه الى اعتبار أن حق الفرد هذا يعترف به القانون الدولي العام بمعنى أنه ليس للمشرع الوطني أن يحرمه منه . وفي إنجلترا كان الولاء دائما حتى القرن العشرين . قارن Pothier . ٢ . ٥٨٣ وكذلك موسوعة القانون الدولي . ٩ . ٢٧٧ وكذلك Weiss . ١ . ١٥ — ١٦ ومع ذلك فان هناك تشريعات كثيرة تخضع حق الفرد في تغيير جنسيته لاذن سابق من دولته القديمة . ولا شك في أن هذا التنظيم من شأنه أن يعرقل حق الفرد وبخاصة اذا كان اعطاء الاذن من حق الحكومة المطلق . ومن هذه التشريعات قانون الجنسية المصري في المادة ١٢ منه وسنين حكمة ذلك فيما بعد .

على أن حق الفرد في تغيير جنسيته معناه أن الشخص يترك جنسيته القديمة للحصول على جنسية جديدة ولكن ليس له أن يتنازل عن جنسيته الأصلية لكي يصبح بلا جنسية . قارن Weiss المرجع السابق .

(٢) قارن الزيني ٢٩٠ — ٣٩١ وبالنسبة لتطور التجنس في فرنسا . راجع موسوعات القانون الدولي . ٩ . ٤٠٩ .

فرحلوا عنها يلتمسون رزقا ومأوى ، فكان نصيب مصر منهم وافرا . ولما كان بقاءهم بلا جنسية ضارا بمصالحهم ، وبمصلح أولادهم من بعدهم ، اذلا يعرف أى قانون يطبق على ميراثهم !! فلم يكن أمامهم من وسيلة سوى طلب الجنسية المصرية اذ يصعب عليهم أن يحصلوا على غيرها بعد أن استمروا العيش عندنا . ومن المشاهد أن عدد المراسيم الخاصة بالتجنس دائما في ازدياد .

٤٥٨ — وأساس التجنس هو التأكد من وجود تشابه كاف بين الأجنبي طالب التجنس والوطني ، لذلك ترمى شروطه الى التحقق من وجود هذا التشابه ، ومن أنه قد بلغ درجة تسمح باعتبار ذلك الأجنبي كواحد من أهل البلاد فيصح له أن يتمتع بالجنسية المصرية .

أما هذه الشروط فتتلخص فيما يأتى : أولا : أن يكون الأجنبي بالغاً وقت الطلب . وهذا الشرط خاص بأهلية المتجنس ومداره أن التجنس عمل ارادى ، يقوم على ارادة الأجنبي كما يقوم على ارادة السلطة التنفيذية ، فاذا كان الطالب قاصرا فارادته معيبة لا يعمل بها . وتحديد سن البلوغ يكون بحسب قانون جنسية الطالب وفقا للمادة ١٩ التى قطعت كل خلاف فى هذا الشأن ^(١) ، أما اذا كان الشخص قد بلغ سن البلوغ ومع ذلك كان عديم الأهلية أو ناقصا اعته أو جنون ، فظاهر أنه لا يقبل طلبه فى التجنس لنفس الحكمة التى بينها ، لا لأن الأمر كله متروك لتقدير الحكومة ، وأن الحكومات ترفض عادة دخول الأشخاص العديمى الأهلية فى جنسيتها ^(٢) . ثانيا : أن يكون الأجنبي قد حدد اقامته فى مصر المدة المطلوبة . وهذه المدة أقلها عشرة سنوات اقامة عادية

(١) اذ أن جانبا من الشراح كان يرى اعتبار سن البلوغ وفقا لقانون البلد المطلوب جنسيته وحجتهم الأساسية فى ذلك أن هذه المسألة كغيرها من مسائل الجنسية يجب أن تخضع لقانون القاضى *lex fori* .

(٢) كما قال بذلك الأستاذ رياض فى مؤلفه . ١ . ١١٠ .

résidence habituelle بالنسبة للأجانب العاديين ^(١) ، أى لأوائك الذين لا يستفيدون من تحقق شروط أخرى تبيح لهم تخفيض المدة أو التنازل عنها كلية . ولا يشترط أن يكون الأجنبي بالغاً وقت ابتداء هذه المدة إذ العبرة ببلوغه سن الرشد وقت الطلب .

٤٥٩ — ولكن هل يشترط أن تكون هذه السنوات متوالية ؟

سكت قانون سنة ١٩٢٩ عن ذلك مع أن المادة الثالثة من القانون العثماني القديم استلزمت صراحة أن تكون السنوات متوالية ^(٢) . فهل معنى ذلك أن المشرع المصري يرى جواز احتساب مدة العشرة سنوات متقطعة ؟ يرى الشراح ^(٣) في مصر أنه يجب أن تقرأ المادة كما لو كانت كلمة متواليات موجودة فيها ومع ذلك لا يعتبرون أن الغياب المؤقت يعتبر قطعاً للاقامة ^(٤) ما دام الأجنبي قد اتخذ القطر المصري مركزاً له ولأعماله — ويمكننا أن نقرب بين هذه الفكرة وفكرة قطع التقادم بالترك الطبيعي في القانون المدني — أما نحن فنعتقد أن المشرع قد تعمد عدم ذكر كلمة «متواليات» التي كانت موجودة في القانون العثماني القديم خشية أن يفسرها البعض تفسيراً غير ملائم للغرض منها ، فيدعى مثلاً أن المقصود احتساب عشر سنوات كاملة بدون تغيب يوم واحد فأسقط المشرع كلمة «متواليات» تاركاً حرية التقدير للجهة الحكومية المختصة بهذه الطلبات . ومن الطبيعي أن تتأثر هذه الجهة بوجود المشابهة والمماثلة الكافية بين الأجنبي طالب التجنس والمصريين . فإذا وجدت أن هذا الطالب لم يحافظ على اقامته بشكل منتج في حصول التشابه بينه وبين الوطني فلا تقبل طلبه ولو كان قد حدد اقامته منذ أكثر من عشر سنوات .

(١) المعروفون باللغة الفرنسية *étrangers de droit commun* .

(٢) وفي الاصطلاح الفرنسي *non-interrompus* .

(٣) راجع مؤلف الدكتور الزيني ٣٩٩ . ومؤلف الأستاذ رياض . ١ . ١١١ .

(٤) وفي الاصطلاح الفرنسي *Cessation de résidence* .

وقد تساءل البعض ^(١) عما اذا كان من اللازم تقديم الطلب بعد فوات مدة العشر سنوات مباشرة أو لا ؟ فيرى الأستاذ الزيني أنه اذا لم يقدم طلب التجنس بعدها مباشرة ^(٢) فلا بد من توفر مدة جديدة ، وخاصة اذا تقل الأجنبي مركز أعماله الى الخارج ، ولا تهم عودته بعد ذلك . وأما الأستاذ رياض فيرى أن تترك كل مسألة لظروفها ولتقدير الحكومة ، أى أنه اذا تبين من الظروف أن عدم تقديم الطلب يرجع سببه الى عدم رغبة الأجنبي في الانضمام للدولة ، فلا بد من مدة جديدة ، أما اذا كان عدم تقديم الطلب راجعا لأسباب طارئة كاضطرار الأجنبي لمغادرة القطر المصرى لظرف خاص كأدائه الخدمة العسكرية في بلده فلا يرى الأستاذ حاجة لاحتساب مدة جديدة .

أما نحن فنجاوب على هذا السؤال على الوجه الآتى : أنه ليس هناك في نصوص القانون ما يلزم الطالب بتقديم طلب التجنس بعد فوات مدة العشر سنوات مباشرة ، فيصح إذن أن يقدم الطلب بعد ١١ أو ١٢ سنة لأن مدة العشر سنوات هي أقل مدة *délai minimum* لازمة لطلب التجنس كما هو ظاهر من نص المادة ٨ اذ تقول ان التجنس « يجوز منحه لكل أجنبي بالغ جعل اقامته العادية في القطر المصرى منذ عشر سنوات على الأقل » . فليس من المهم إذن تقديم الطلب مباشرة بعد العشر سنوات بل المهم هو معرفة ما اذا كان من اللازم أن يستمر الطالب مقيما في مصر حتى وقت الطلب أو لا ؟ هذا هو السؤال الطبيعى الذى لم يجاب عليه المشرع صراحة . ونرى أن من الواجب أن يحافظ الأجنبي على اقامته في البلاد حتى وقت تقديم الطلب لأن ذلك يدل دلالة حقيقية على رغبته في الاندماج في الدولة بأن يصبح ضمن رعاياها . أما اذا كان قد تركها وطالب مع ذلك بجنسيتها فظاهر أنه مجرد تقى . وهذا رأى هو المتبع علما وعملا في فرنسا .

(١) انظر الزيني ٣٠٠ ورياض . ١١١ .

(٢) قارن ذلك بالحكم الوارد في المادة ٩ الفقرة الثانية . الزيني المرجع السابق .

وتخفف مدة العشر سنوات السابقة الى خمس اذا كان الأجنبي قد حصل على اذن بالاقامة في القطر المصري ويبدأ احتساب هذه المدة من تاريخ الاذن (المادة ٩) .

وهذا المبدأ جديد ، اقتبسه المشرع المصري من التشريع الفرنسي القديم^(١) . ومؤدى التسهيل أن الأجنبي الذي يتمكن من الحصول على اذن بالاقامة^(٢) من السلطة التنفيذية لا يحتاج الا لمدة ٥ سنوات لكي يقدم طلبا للتجنس . والعلة في انقاص المدة لمصلحة هذا الأجنبي هو أن اعطاء الاذن له بالاقامة دليل على أنه شخص مرغوب فيه اذ طلبه الاذن انما هو بقصد التجنس فحصوله عليه معناه أن السلطة التنفيذية تنظر بعين الرضا الى دخوله في الجنسية المصرية .

ولكن يقابل هذا التخفيض في مدة الاقامة أن استلزم المشرع هنا « التوطن » ، ويظهر ذلك في النص الفرنسي . فلا يكتفى اذن بالاقامة العادية كما هي الحال في التجنس العادي بل لا بد من أن يكون لدى الطالب نية التوطن في المملكة المصرية . ومظهر هذه النية حصوله على الاذن بالتوطن بقصد التجنس لذلك نرى أنه اذا ثبت فيما بعد أن الطالب بعد أخذه الاذن بالتوطن قد أتى بأعمال تدل على أنه غير نيته في التوطن بمصر فلا يمكنه الاستفادة من تقصير المدة بل لا بد من اتمام مدة العشر سنوات^(٣) .

ولا بد من التوطن أن يكون حقيقيا بأن يكون الأجنبي قد أقام فعلا مدة الخمس سنوات^(٤) فاذا كانت مصر هي الموطن القانوني

(١) هذا ومن المفيد أن نذكر أن المشرع الفرنسي قد ألغى الاذن بالاقامة l'admission à domicile في قانونه الأخير سنة ١٩٢٧ .

(٢) وفي النص الفرنسي S'il a été autorisé à fixer son domicile .

(٣) قارن موسوعة القانون الدولي . ٩ . ٣٨٨ .

(٤) وفي النص الفرنسي et y a effectivement résidé ويترتب على ذلك أن مدد الغياب العادية تحسب على الأجنبي .

فقط ^(١) للأجنبي فلا يمكنه الاستفادة من تقصير المدة فالعبرة اذن بالتوطن الفعلي . ولا يشترط في الأجنبي أن يكون بالغاً وقت حصوله على الاذن ، اذ المهم وفقاً للنص أن يكون بالغاً فقط وقت طلبه التجنس ، فتنص المادة التاسعة على أنه « يجوز منح التجنس بمرسوم للأجنبي البالغ الذي توافرت فيه الشروط المنصوص عليها في المادة السابقة . . . » .

ويجب على الأجنبي في حالة أخذه الاذن بالتوطن أن يقدم طلب التجنس قبل انقضاء مدة الخمس سنوات ، فإن لم يفعل وانقضت المدة فإن آثار الاذن تزول ولا يمكنه الاستفادة من تقصير المدة . ولا شك في أنه تلزم مدة كاملة اذا رفض هذا الطلب .

وقد قرر المشرع في المادة ١٧ أنه « اذا مات المأذون له بالاقامة طبقاً للمادة التاسعة قبل التجنس جاز لزوجته ولأولاده القصر وقت صدور الاذن أن ينتفعوا بهذا الاذن وبالمدة التي يكون قد أقامها » . ويرجع أساس هذا الحكم الى أنه كان من المحتمل أن يستفيد هؤلاء الأشخاص من تجنس رئيس العائلة بالجنسية المصرية ، اذ تلحقهم بالتبعية كما سنبينه عند الكلام في آثار التجنس ^(٢) (المادة ١٦) . ولم يرض الشارع أن يفوت عليهم هذا الأمل فأباح لهم أن يستفيدوا من الاذن أولاً ، ثم من المدة التي قضاها الأب ثانياً بغض النظر عما اذا كانوا قد أقاموا هم فعلاً أو لا . فاذا فرض أن الأب كان قد أقام فعلاً وحده سنتين

(١) وعلى ذلك اذا كان الأجنبي قاصراً وقت حصوله على الاذن فموطنه القانوني (الحكمي) domicile légal هو موطن والده أو وصيه أو زوجه ان كان أتي ، وهذا الموطن موطن تبعية domicile de dépendance ويصح أن يكون في الخارج على أن تكون مصر في هذه الحالة موطنه الفعلي domicile de fait .

(٢) ويظهر أن هذا هو السبب الذي دعا المشرع الى عدم وضع المادة ١٧ بعد المادة التاسعة مباشرة . على أنه اذا كان هؤلاء الأولاد بالعين وقت منح والدم الجنسية المصرية فانهم لا يدخلونها بالتبعية ، بخلاف ما اذا كانوا بالعين بعد وفاة والدم ولكنهم كانوا قاصراً وقت أخذه فانهم يستفيدون من الاذن مباشرة .

ثم توفي ، وكانت عائلته مقيمة في الخارج ثم حضرت العائلة بعد وفاته مباشرة الى مصر فلما أن تكمل مدة الخمس سنوات ، ويصح قبل فواتها أن تقدم طلب التجنس .

وظاهر أنه يشترط أن تكون الزوجية باقية حتى وقت الوفاة لأنها اذا كانت قد زالت قبل الوفاة فلا محل مطلقا لأن ترث الزوجة زوجها في الاذن والمدة .

على أنه لا يسوغ للأولاد البالغين وقت صدور الاذن الاستفادة من هذا النص ، لأن لهم جنسيتهم المستقلة فهم أحرار فيما يفعلون ، ولا يتأثرون بجنسية أبيهم الجديدة — على فرض أنه لو بقي حيا لتحصل عليها — ولكن يجوز لهم أخذ اذن بالاقامة لأنفسهم ان وجدوا في ذلك مصلحة لهم .

هذا وقد تساءل البعض عما اذا كان يشترط لانتفاع الأولاد القصر بالاذن أن يكونوا قد بلغوا سن الرشد وقت انقضاء بقية المدة أى تمام الخمس سنوات من تاريخ الاذن . والجواب على ذلك أن نص المادة التاسعة يستلزم لمنح التجنس أن يكون الأجنبي بالغاً ، فالأولاد القصر لا يمكنهم اذن تقديم الطلب ، أولاً : لأن التجنس عمل ارادى قبل كل شيء والقصر ليسوا أهلاً له . ثانياً : لأن النص قاطع في أن منح التجنس انما يكون للبالغين دون غيرهم فعلى الأولاد القصر اذن أن ينتظروا الى وقت البلوغ ولا يمكن القول بسقوط حقهم لتأخيرهم في تقديم الطلب ، لأن القانون نفسه هو الذى منعهم من ذلك فلا يتصور ترتيب جزاء على سكوتهم وانتظارهم حتى وقت البلوغ . هذا ما نقول به ولكن الأستاذ الزيني^(١) صور فروضا مختلفة وضع لها حلولاً وآراء وانتهى الى القول بما يقرب من رأى الذى نقول به .

ويتبين مما سبق أن الأصل في مدة الاقامة أن تكون عشر سنوات وقد تخفض الى خمس ، ولكن هناك أحوالا لاتلزم فيها مدة اقامة الكلية ، ويتحقق

(١) انظر مؤلفه الملحق ٦٠٩ — ٦١١ .

ذلك، أولا : في الفرض الذى أشارت اليه المادة ١١ / ١ في قولها « ويجوز منح التجنس بمقتضى قانون خاص ^(١) للأجنبي الذى يكون قد أدى خدمات جليلة لمصر وبدون أى شرط آخر ». وظاهر أن أمر التجنس هنا متروك للسلطة التشريعية التى لا تتقيد بأى شرط كان بما فى ذلك شرط الإقامة . ثانيا : فى الفرض الذى أشارت اليه المادة ١١ / ٢ فى قولها « كما يجوز بدون أى شرط آخر أيضا منحه بمرسوم لرؤساء الطوائف الدينية » وهذه الفقرة جديدة أتت بها قانون الجنسية الأخير، وتقول المذكرة الايضاحية فى علة وجودها ما يأتى « قد اقترحت الحكومة تلك الاضافة اذ كانت عرفا مرعيا، واذ كان من المرغوب فيه أن يدخل فى قانون الجنسية كل الأحكام المنطقية فى هذا الشأن، وقد رضيت اللجنة (الجنة البرلمانية) هذه الزيادة » ^(٢).

وعلى أية الأحوال فإن منح الجنسية هنا لا يكون عن طريق فرضها فرضا اذ لا بد أن يطلبها أولئك الأجانب اذ أساس التجنس عمل ارادى من جانب طالبه .

ثالثا : أن تتوافر فى الأجنبي شروط خاصة : وقد ذكرت هذه الشروط فى المادة ٨ وتتلخص فيما يأتى — ١ — حسن السير والسلوك — ب — أن يكون له سبب من أسباب الرزق — ج — معرفة اللغة العربية ^(٣) . وظاهر أن الغرض من هذه الشروط هو التأكد من حصول المشابهة بين الأجنبي والمصرى بدرجة تسمح باعطائه الجنسية المصرية بحيث لا يكون عالة على الدولة فيما بعد . وأغلب هذه الاشتراطات موجود فى التشريعات الأجنبية .

٦٠ — فاذا تحققت جميع الشروط السالفة لدى أجنبي وأراد أن يتجنس بالجنسية المصرية فعليه أن يقدم طلبا بذلك الى وزير الداخلية (المادة

(١) ويلاحظ هنا أن كلمة قانون ليست مستعملة فى معناها الفنى المعروف اذ الحاصل فقط هو عمل acte من جانب السلطة التشريعية .

(٢) ويعرف هذا النوع من التجنس فى الاصطلاح الفرنسى Naturalisation de faveur .

(٣) على أنه لا مالع يمنع من منح الجنسية للأخرس .

(٢٠) ويذكر فيه توافر هذه الشروط مع تقديمه ما يثبت ذلك من الوثائق والمستندات على حسب الأحوال . وقد أصدرت وزارة الداخلية منشورا مطولا في هذا الصدد في شهر ديسمبر سنة ١٩٣٣ مبينا لجميع الاجراءات الواجبة الاتباع ويمكن اعتبار هذا المنشور محددًا لشروط قبول الطلب في ذاته^(١) . وعلى أية حال فان وزارة الداخلية هي المختصة بتحقيق هذه الطلبات وما تحويه من أقوال .

٤٦١ — ولا يشترط في طالب التجنس أن يكون قد تنازل عن جنسيته الأصلية^(٢) ، أو حصل على تصريح من حكومته الأصلية يبيح له التجنس وفقا لتشريعها ، وذلك لأن القانون المصرى لا يعنى بما تشترطه القوانين الأخرى . ويجرى العمل^(٣) على عدم منح الجنسية المصرية لأجنى قبل التأكد من سبق تنازله عن جنسيته الأصلية وفقده لها فقد صيححا بعد قيامه بواجباته نحو الدولة التى كان يتصف بجنسيتها . وقوام هذا رأى رغبة مخودة فى العمل على منع ازدواج الجنسية عملا بتوصيات مؤتمر توحيد القانون الدولى الذى عقد فى لاهى سنة ١٩٣٠ ، ومع ذلك فاننا لا نقره من الوجهة القانونية البحتة لأن اتفاقية لاهى السابقة ليست نافذة بين الدول ، ولأن الأخذ بهذا القيد معناه جعل التجنس بالجنسية المصرية موقوفا فى الحقيقة ، على رغبة المشرعين الأجانب ، أو رغبة

(١) وتعرف هذه الشروط بالفرنسية باصطلاح *Conditions de forme* بخلاف الشروط السابقة التى تعتبر شروطا موضوعية للتجنس *Conditions de recevabilité* قارن بحث Ancel السابق الاشارة اليه ٢٤١ — ٢٥٣ .

(٢) قارن المادة السابعة السابق شرحها .

(٣) وذلك بناء على فتوى صادرة من سعادة بدوى باشا فى مارس سنة ١٩٣١ فى مكاتبه رسمية نشرها الأستاذ رياض فى كتابه ١١٥ — ١١٦ . وقد عجم سعادة بدوى باشا فى رأيه بأن جعله منطبقا على المادة السابعة أيضا وهذا ما لا نوافق عليه . وقررنا فى ذلك الأستاذ رياض ١١٧ الذى قبل رأى فيما يتعلق بالمادة الثامنة . ويظهر أن المقصود من العمل بهذه الفتوى هو تنظيم سلطة الحكومة المطلقة *le pouvoir discrétionnaire* فى اعطاء الجنسية المصرية عن طريق التجنس منعا للتنازع مع جنسيات الدول الأجنبية على قدر الامكان .

حكوماتهم . وفوق ما تقدم فإن التشريع المصرى لم يرد به ذكر لهذا القيد ، وهذا معقول ، لأن منع تنازع الجنسيات ليس من اختصاص المشرع الوطنى اذ المرجع فيه الى الاتفاقات الدولية . هذا ولقد أصبح ازدواج الجنسيات الآن أمرا عاديا وليس فى وسع المشرع الوطنى القضاء عليه وحده ^(١) . ففى رأينا اذن أن استيفاء الأجنبى للشروط المنصوص عليها قانونا كاف وحده لجواز منحه الجنسية المصرية واعتباره مصرى أمام محاكنا وبالنسبة لجميع قوانيننا بغض النظر عن تشريعات الدول الأخرى ومحاكمها التى قد تعتبر هذا المصرى المتجنس ما زال محتفظا بجنسيته الأجنبية .

٤٦٢ — فإذا استوفى الأجنبى جميع الشروط الخاصة بشخصه وبالإقامة وقدم طلبه متبعا فى ذلك الاجراءات القانونية فانه ينظر فى هذا الطلب ، حتى اذا روى أن هذا الأجنبى جدير بالجنسية المصرية فانه يصدر مرسوم بمنحه اياها ، الا اذا كان التجنس من النوع الاستثنائى المنصوص عليه فى المادة ١١/١ فانه يكون بقانون خاص .

ولكن هل يجب أيضا صدور مرسوم فى حالة رفض طلب التجنس ؟ سكت المشرع عن هذه المسألة ، وفى اعتقادنا أن السلطة التنفيذية تتمتع بكامل سلطانها فى القبول أو فى الرفض ، لأن أساس التجنس توافق بين الارادتين وليس التجنس حقا للأجنبى الذى يطلبه بعد أن يكون قد استوفى شروطه . ولا تلزم السلطة التنفيذية باعلان ارادتها فى الرفض . على أن المظهر العملى للرفض هو عدم صدور مرسوم مانح للجنسية ، أى اهمال طلب الأجنبى وطرحه جانبا ^(٢) .

(١) راجع بحث Ancel السابق الاشارة اليه . ٢٤٧ .

(٢) وهناك مسألة أخرى يصح أن تكون محلا للبحث وتتلخص فى معرفة ما اذا كان من الممكن الطعن فى المرسوم الصادر بمنح الجنسية . من المعلوم أن التجنس عمل من أعمال السيادة على حسب رأى البعض أو على الأقل عمل مطلق *aote discrétionnaire* على حسب رأى البعض الآخر ، وعند أصحاب كل من الرأيين للسلطة التنفيذية مطلق الحرية فى منحه أولا ، ولذا يقولون أن المرسوم المانح للجنسية لا يقبل الطعن ولا يمكن للمحاكم أن تقضى بطلانه . =

٤٦٣ — وللتجنس آثار تكلم عنها المشرع في المادتين ١٥ و ١٦ . وتنقسم هذه الآثار الى قسمين : القسم الأول ، ويشمل الآثار الخاصة بشخص المتجنس . فهذه الآثار اذن آثار فردية ، فيصبح المتجنس مصرى من يوم صدور المرسوم الذى منحه الجنسية المصرية ويعامل على هذه الصفة وفقا لأحكام قوانين البلاد ، أى أنه يتمتع بما للمصريين من حقوق ويتحمل بما عليهم من واجبات . ولقد ارتأت اللجنة البرلمانية عدم تخويل المتجنس بالجنسية المصرية حق التمتع بالحقوق السياسية الا بعد فترة من الزمان يتبين فيها ولاؤه للجنسية الجديدة وتعلقه بها بأن يصبح محل ثقة لأن يشغل أى منصب من المناصب الخطيرة في

= ولكن مع ذلك وجد بعض الشك في حالة ما اذا كان منح الجنسية قد تم رغم عدم توافر الشروط المطلوبة قانونا ، لحصل التساؤل عما اذا كان يصبح للغير أن يطعن في اكتساب الجنسية على هذا الوجه ؟ يبيحون ذلك في فرنسا وحجتهم في ذلك أن التجنس ليس عمل سلطة وأنما هو عمل مطلق من جانب السلطة التنفيذية (انظر Haurion . في كتاب القانون الادارى . الطبعة الحادية عشر ١٤ وما بعدها) وان هذا العمل انما يقوم على توافر شروط قانونية استلزمها المشرع فلا يمكن التجاوز عنها والا كان للسلطة التنفيذية أن تخالف القانون دون أية رقابة وهذا ما لا يمكن التسليم به ، اذ تصبح الشروط القانونية للتجنس ولا قيمة لها في نظر السلطة التنفيذية بسبب تجاوز السلطة *excès de Pouvoir* . قارن موسوعة القانون الدولى . ٩ . ٤١٣ — ٤٢٦ .

فهل يمكن الأخذ بهذا رأى في مصر والسماح للغير بالطعن في صحة المرسوم الصادر بمنح الجنسية اذا لم تتوافر لدى طالبها الشروط المطلوبة قانونا ؟ قد يتبادر الى الذهن أن المادتين ١٥ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية و ١١ من المجموعة المدنية المختلطة تمنعان الطعن في صحة هذا المرسوم الذى يمكن اعتباره على الأقل عملا اداريا . ولكننا مع ذلك لا نقر هذا رأى بل نقرر جواز الطعن في صحة هذا المرسوم لأنه لكي يحترم لا بد وأن يكون أساسه وهو استيفاء الشروط القانونية السابقة متحققا . أى أنه اذا لم تتحقق هذه الشروط أصبح المرسوم قائما على غير أساس ، فمن الطبيعى اذن أن ينهار وتنهار معه آثاره . فالذكرى ولو أنه صحيح شكلا الا أنه لا ينتج آثاره موضوعا ، فتقضى المحاكم اذن بعدم اعتبار هذه الآثار دون الحكم بطلان الذكرى في ذاته . ويمكننا أن نجد تأييدا لرأينا هذا في نظرية المحاكم المختلطة بشأن الأعمال الادارية (قارن . حكم صادر من محكمة المتصورة الابتدائية المختلطة في ٢٤ يناير ١٩٣٣ . منشور في مجلة مصر القضائية عدد ٥ فبراير ١٩٣٣) .

الدولة ، ولكن المشرع رأى في سنة ١٩٢٩ عدم التمييز بين المصرى الصميم وبين المتجنس في استعمال كافة الحقوق مكثفيا بالمادة ١٠ التى قرر فيها جواز سحب الجنسية المصرية من المتجنس اذا تحقق سبب من الأسباب المذكورة فيها . وظاهر أن آثار التجنس ليست نهائية ولكنها قابلة للإلغاء على الأقل في ظرف الخمس سنوات اللاحقة لمنحه .

أما القسم الثانى من آثار التجنس فيشمل الآثار الخاصة بزوجة المتجنس وأولاده القصر ، فهذه الآثار اذن جمعية . وتنص المادة ١٥ على أنه « يترتب على تجنس الأجنبي بالجنسية المصرية أن تصبح زوجته مصرية كذلك ما لم تقرر في خلال سنة من تاريخ دخول زوجها الجنسية المصرية أنها ترغب في الاحتفاظ بجنسيتها الأجنبية » . فزوجة المتجنس تصبح مصرية سواء كانت مقيمة في مصر أو في الخارج . ولكن تزول عنها صفة المصرية بمجرد اعلان ارادتها بذلك الى وزير الداخلية (وفقا للمادة ٢٠) مقررة احتفاظها بجنسيتها القديمة . ولا شك في أن ذلك غير مرغوب فيه ، اذ تصبح العائلة مختلفة الجنسية في بلد ما زال خاضعا لنظام الامتيازات . وعلى أية حال فانه عند انتهاء الزوجية يمكن للمرأة أن تسترد جنسيتها الأصلية بالشروط المبينة في المادة ١٤/١ التى سنفصلها فيما بعد .

وقد نصت المادة ١٦/١ على أن « الأولاد القصر للأجنبي الذى تجنس بالجنسية المصرية يصيرون مصريين الا اذا كانت اقامتهم العادية في الخارج و بقيت لهم بمقتضى تشريع البلد الذين هم تابعون له جنسيتهم الأجنبية » . فالقانون اذن يترك للبالغين حريتهم في اختيار الجنسية التى تلائمهم ، أما القصر فانهم يتبعون والدهم بشرط أن لا يكونوا مقيمين في الخارج وأن لا تكون قد بقيت لهم جنسيتهم الأجنبية بموجب تشريعها . فالأصل اذن أن يكون هؤلاء الأولاد مقيمين مع والدهم في مصر حتى يمكن أن يقال بأنهم يندمجون في المصريين وأولادهم . فاذا كانوا مقيمين في الخارج وفي الوقت نفسه سقطت عنهم الجنسية الأجنبية لتجنس والدهم فانهم يكتسبون الجنسية المصرية . وأساس

هذا الحكم منع اللاجنسية قبل كل شيء وعدم ايقاع هؤلاء الأولاد القصر في هذا المركز الحرج بسبب تجنس والدهم . ومع ذلك فلهؤلاء الأولاد الحق في اختيار جنسيتهم الأجنبية في خلال سنة من بلوغهم سن الرشد (المادة ١٦/٣) .

(د) تأثير الزواج في الجنسية

٤٦٤ — تكلم المشرع المصري في تأثير الزواج في الجنسية في المادة ١٤ التي حوت حالتين هامتين : الأولى : حالة المرأة الأجنبية التي تتزوج من مصري ، وأتت في الفقرة الأولى ، والثانية : حالة المرأة المصرية التي تتزوج من أجنبي ، وأتت في الفقرة الثانية .

٤٦٥ — وقد اتبع المشرع المصري المبدأ التقليدي الذي يقول بأن الزواج يغير من جنسية الزوجة فيكسبها جنسية زوجها . وأساس هذا المبدأ هو وحدة الجنسية في العائلة على الأقل في بداية الزواج ، وضرورة الاعتراف بالأولوية للزوج كرئيس لها وبالتالي لجنسيته . فاذا تزوج المصري من امرأة أجنبية تصبح زوجته مصرية ، وكذلك اذا تزوجت المصرية من أجنبي فانها تصبح أجنبية . هذا هو المبدأ الذي اتبعه المشرع المصري وظاهر أن اكتساب الجنسية يحصل هنا بفضل نص القانون دون حاجة لتحقيق أى شرط آخر . على أن هذا المبدأ في شطره الأول^(١) لم يكن مقررا صراحة في القانون العثماني القديم مما دعا الى نشوء الخلافات . فقال بعض الشراح وتابعهم في ذلك بعض الأحكام المختلطة أن زوجة العثماني لا تصبح عثمانية لعدم النص^(٢) ، ولكن هذا الرأي لم يصادف نجاحا

(١) أما بالنسبة لشرطه الثاني فلم يكن هناك خلاف . انظر ١٧ مارس ١٩٢٥ م . ت . م . ٣٧ . ٢٨٤ الذي اعتبر العثمانية التي تتزوج من فرنسي فرنسية .

(٢) انظر ١١ ابريل ١٨٩٥ م . ت . م . ٧ . ٢١٩ وعكس ذلك ١٠ فبراير ١٩١٠ م . ت . م . ٢٢ . ١٢٢ الذي وضع أسبابا مطولة وافية للأخذ بهذا الرأي وأخيرا ٢٣ مايو ١٩٢٣ م . ت . م . ٣٥ . ٤٦٤ .

كثيرا في العمل فسارت أغلبية المحاكم على الاعتراف لهذه الزوجة بالجنسية العثمانية . ولقد أصبح هذا الخلاف الآن في حكم التاريخ بالنسبة للمستقبل بعد أن أتت النصوص صريحة في قانون سنة ١٩٢٩ .

٤٦٦ — على أن مبدأ وحدة الجنسية في العائلة خضع بدوره لسنة التطور حتى انتهى أجله في بعض البلاد تاركا المجال حرا لمبدأ استقلال الجنسية في العائلة ، بمعنى أن للزوجة الحق في أن تظل على جنسيتها الأصلية كما يبقى الزوج طبعاً محتفظاً بجنسيته . ولم تصل التشريعات الى تقرير هذا المبدأ عن طريق الطفرة ، بل سارت في سبيل التدرج حتى وصلت اليه . ولقد ساعدت جملة عوامل على تحقيقه ، أخصها حالة الحرب العظمى وما ترتب عليها من نتائج بالنسبة لنساء الأعداء اللاتي تزوجن من الأهلين ، أو المواطنات اللاتي تزوجن من رجال الأعداء ، مما أدى الى تعقيدات ، رؤى ان أحسن حل لها هو القول بمبدأ استقلال الجنسية في العائلة . وقالوا تأييدا لذلك ان الجنسية شعور واحساس بعيد عن المصالح المالية فيمكن اذن تصور الاختلاف فيها كما يتصور الاختلاف في الأديان . على أن هذا المبدأ يقبل الاستثناء فيصح أن تكتسب الزوجة جنسية زوجها اذا أعلنت رغبتها في ذلك كما يصح للزوج أن يتجنس بجنسية زوجته . بناء على ما تقدم لا نعتبر من الدقة ، القول بأن هذا المبدأ الحديث هو نتيجة الحركة

= وقارن مع ذلك حكم محكمة اسكندرية الابتدائية الصادر في ٢٨ يونيه ١٩٢١ جازيت . ١٢ . ٧٥ الذي قرر أن المرأة الأجنبية التي تزوج من مصرى تصبح رعية محلية الا أنه اذا احتفظت هذه المرأة بشخصيتها التجارية (Sic) *sa personnalité Commerciale* باعتبار أنها مالكة لمحل تجارى باسمها كآنسة فاتها تظل خاضعة لاختصاص المحاكم المختلطة . ولا شك في غرابة هذا الحكم اذ يترتب عليه أن هذه المرأة تتمتع بجنسيتين في وقت واحد ١ ١ وراجع عكس ذلك حكم محكمة النقض المصرية في ١٦ مايو ١٩٣٥ في قضية الست جاويدان هأم زوجة سمير الحديوى السابق الذى قرر أن لها الجنسية العثمانية دون الجنسية المصرية بسبب طلاقها من زوجها وخروجها بذلك من الأسرة المالكة ، وعدم توافر الشروط الواردة في قانون الجنسية الصادرة في سنة ١٩٢٩ وكذلك في قانون سنة ١٩٢٦ . والحكم سليم فيما وصل اليه وفي أسبابه ما عدا اشارته الى قانون سنة ١٩٢٦ . وربما كانت الاشارة من باب الاستطراد فحسب لا للقول باحتمال تطبيق قانون سنة ١٩٢٦ . قارن قبله ٥١٥ .

النسائية العالمية بل يصح القول فقط ، بأن هذه الحركة قد شدت ازره ، وبخاصة لما هو معلوم من أن هذه الحركة النسائية لم تتزعزع الا بعد الحرب ، مع أن هذا المبدأ قد ظهر في ابانها .

ولم يفلت هذا المبدأ الحديث من نقد الناقدين . فانتقده في فرنسا العلامة Valéry وأيد التمسك بالمبدأ القديم ، اذ الأخذ بالمبدأ الحديث مؤد الى تعقيد مشاكل تنازع القوانين في العائلة . فمسائل الأحوال الشخصية يطبق عليها عادة قانون جنسية المتنازعين ، فاذا تنازع الزوج وزوجته على التزاماتهما وحقوقهما بعد الزواج والعلائق المترتبة عليه ، من نفقة وحضانة وطاعة ، وثبوت نسب وتبن — وهى مسائل يحكمها عادة قانون الزوج في حالة اتحاد الجنسية — فأى قانون يطبق عند الاختلاف ؟ قال بعض الشراح بتفضيل تطبيق قانون الزوج لأنه هو السيد في العائلة ، وقال آخرون بتطبيق قانون الزوجة فيما يتعلق بها ^(١) ومنهم من فضل قانون موطن الزوجية ، وأما المحاكم في فرنسا فلم تعرض عليها بعد منازعات تكفى لتقرير حل حاسم لهذا الخلاف لأن القانون الفرنسى الذى أخذ بهذا المبدأ ما زال حديثا ^(٢) .

وعلى أية حال فانه ليس من المرغوب فيه مطلقا أن نأخذ بهذا المبدأ في مصر نظرا لوجود الامتيازات الأجنبية ، اذ لا يعقل أن نسمح للزوجة بأن تتمتع بامتيازات خاصة في وسط عائلتها .

٤٦٧ — ولكى تكتسب الزوجة جنسية زوجها يكتفى بانعقاد الزواج صحيحا وفقا للقانون المصرى ^(٣) فاذا كان الزواج باطلا لسبب من الأسباب كعدم

(٢) والا انعدمت فائدة الاحتفاظ بجنسيتها لها . قارن قبله . ٢٥٨ هامش (٢) .

(٢) راجع في هذا الصدد تقرير اللجنة الأولى في عصبة الأمم المنشور في اكتوبر ١٩٣٢ المجلد الخامس من نشرات عصبة الأمم .

(٣) ويلاحظ أن القانون المصرى ليس واحدا في هذا الشأن فيجب اذن الرجوع الى مختلف الفرائع الدينية حسب ديانة أحد الزوجين المصرى الجنسية .

الأهلية مثلا فلا تنتقل الجنسية ، سواء كان عدم الأهلية من جهة الزوج أو الزوجة . ولقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة في ١١ يونيه سنة ١٩١٣ تطبيقا على هذا المبدأ بعدم اكتساب سيدة مصرية تدعى صالحة هانم للجنسية الروسية رغم زواجها من روسى بروتستانتى لأن الزواج باطل ، فالزوج مسيحي الديانة أما الزوجة فمسلمة شريعته الاسلام ، وهى لا تميز هذا الزواج .

وينقل الزواج الصحيح الى الزوجة الجنسية الموجودة وقت العقد لالسابقة عليه . أما جنسية الزوج اللاحقة فقد ذكرنا آثارها عند الكلام فى التجنس (المادة ١٥) . وكذلك لا يهم أن يكون الزوج بالغالكي ينقل الجنسية ، أو أن تكون الزوجة بالغة لكى تكتسبها ، اذ أن اكتساب الجنسية هنا ليس حاصلًا عن طريق التجنس بل حاصلًا بفضل القانون ، ويتحقق توا بعقد الزواج .

٦٨٤ — ويصح التساؤل عما اذا كان مبدأ اكتساب الزوجة جنسية زوجها متعلقًا بالنظام العام فى القانون المصرى أو لا ؟ أو بعبارة أخرى هل من الممكن الاتفاق على عكسه أو لا ؟ كانت المسألة خلافية فى فرنسا قبل قانون سنة ١٩٢٧ ، فقال بعض^(١) الشراح بأن المادتين ١٢ و ١٩ من المجموعة المدنية الفرنسية لا تفرضان على المرأة جنسية زوجها وإنما تعبران فقط عن رغبة المشرع فى أن يكون للزوجين جنسية واحدة ، وأساس هذه الرغبة الافتراض بأن الزوجة قد شئت أن تتبع زوجها فى جنسيته ، وعلى ذلك اذا صرحت الزوجة برغبتها فى الاحتفاظ بجنسيتها الأصلية وأقرها زوجها على ذلك احترمت ارادتهما . ويضاف الى ما تقدم أن المشرع أباح للزوجة فى حالة تغيير الزوج لجنسيته أن تظل على جنسيتها القديمة (قارن المادة ١٥/٢ مصرى) فاذا كان المشرع قد أباح اختلاف الجنسية فى العائلة بعد الزواج فلماذا لا يبيحه منذ البداية ؟ ولكن أغلبية الشراح تقر الرأى العكسى ومداره أن النصوص الساتقة تقرض جنسية الزوج فرضا على

(١) راجع Beudant . ١ . ٥٧ . وكذلك رسالة Calbirac السابق الاشارة اليها

زوجته تحقيقاً لأغراض اجتماعية^(١) بعيدة عن ارادتهما . أما القول بأن القانون نفسه أباح اختلاف الجنسية في العائلة أثناء الزواج فلا يعول عليه لأن هذا الحكم استثنائي والقاعدة أن ما جاء على خلاف القياس لا يقاس عليه . ولا يخفى أن اكتساب الزوجة لجنسية زوجها أثر من آثار الزواج ، ومن المعلوم أن آثار الزواج ينظمها القانون بطريقة آمرة .

والرأى الثانى هو الراجح فى مصر وقد أخذت به محكمة الاستئناف المختلطة فى قضية مرغريت فهمى فى حكم صادر فى ١٤ مارس سنة ١٩٣٣^(٢) .

٤٦٩ — ونبحث الحالتين الواردتين فى نص المادة ١٤ على التعاقب :
الحالة الأولى : حالة المرأة الأجنبية التى تزوج من مصرى : اذا تزوجت امرأة أجنبية من مصرى فانها تصبح مصرية بانعقاد الزواج صحيحاً كما رأينا ، وذلك بغض النظر عن النصوص الواردة فى قانون جنسيتها . فاذا كان هذا القانون يقرر فقدها جنسيتها كالقانون البريطانى^(٣) مثلاً فلا منازعة فى اكتسابها الجنسية المصرية ، وكذلك يكون الحكم لو أن هذا القانون علق فقدها الجنسية على اكتسابها قانون جنسية زوجها كما فى القانون الايطالى وكما فعل المشرع المصرى فى المادة ١٤ ، كما سنرى . أما اذا كان هذا القانون لا يفقدها جنسيتها الا اذا أعلنت رغبتها فى ذلك كما هى الحال فى القانون الفرنسى الصادر سنة ١٩٢٧ فانه رغم ذلك تكتسب هذه المرأة الجنسية المصرية ، أى أنها تعتبر مصرية فى نظر

(١) أخصها العمل على تحقيق الوفاق والتجانس فى العائلة وهذا الاعتبار متعلق بالنظام العام .

(٢) والحكم منشور فى م . ت . م . ت . م . ٤٥ . ٢٠٠ وانظر تعليقنا عليه باللغة الفرنسية فى مجلة القانون والاقتصاد . السنة الرابعة . ٢٤٣ — ٢٤٧ . وفى القضية كانت السيدة مرغريت فهمى قد احتفظت لنفسها فى عقد زواجها الذى تم فى سنة ١٩٢٣ بالجنسية الفرنسية . فاعتبرت المحكمة أن هذا الشرط باطل ولا يعول عليه لأنه مخالف للنظام العام .

(٣) وقد تعدل القانون البريطانى فى هذا الشأن أخيراً بما يتفق وقرارات مؤتمر لاهاى سنة ١٩٣٠ . قارن رسالة Calbirao ٣٨٠٠ وموسوعة القانون الدولى ٩٠ . ٣٠٤ .

القوانين والمحاكم المصرية . وهذا لا يمنع مطلقا من اعتبارها فرنسية بفرنسا^(١) ، على أن من السهل القضاء على هذا التنازع اذ طلب الى المرأة الفرنسية أن تتنازل عن جنسيتها وتقرر اختيارها لجنسية زوجها عند الزواج . ولا يمكننا القول مطلقا كما قال البعض^(٢) بأنه كان من الأولى بالمشرع أن ينص على أن المرأة الأجنبية لا تكتسب جنسية زوجها المصري الا اذا صرح بذلك قانونها . فهذا القول وان كان أساسه رغبة محدودة في منع تعدد الجنسية . الا أن المشرع المصري لا يمكنه مطلقا أن يعلق اكتساب الجنسية المصرية على نص قانون أجنبي . والا تطرقت الامتيازات الى العائلة المصرية .

على أن اكتساب الزوجة الأجنبية جنسية زوجها المصري ليس نهائيا بل يصح أن تزول عنها هذه الجنسية وفقا لأحكام المادة ١٤ وذلك في قولها « ولا تفقد الجنسية المصرية عند انتهاء الزوجية الا اذا جعلت اقامتها العادية في الخارج واستردت جنسيتها الأصلية عملا بالقانون الخاص بهذه الجنسية » فاذا ظلت هذه الزوجة مقيمة في القطر المصري فان الجنسية المصرية تلتصق بها ، فاذا غادرته الى الخارج فلا تفقد الجنسية المصرية الا اذا استردت جنسيتها الأولى عملا بتشريعيها . وظاهر أن الغرض من هذا النص هو منع بقاء الزوجة بلا جنسية^(٣) .

(١) أي أنها تتمتع بجنسيتين في وقت واحد فاذا كانت مقيمة في مصر فهي مصرية ويجب على جميع المحاكم الموجودة في مصر بما فيها المحاكم القنصلية أن تعاملها بهذه الصفة لأن الجنسية المصرية يجب أن تسود في اقليمها .

(٢) الأستاذ الزيني . ٣٣٣ .

(٣) وقد حصل في قضية مرغريت فهي أنه بعد عودتها الى فرنسا أرادت الاستفادة من أحكام المادة ١٤ من قانون ١٩٢٧ ومقتضاها أنه يصبح للمرأة الفرنسية التي كانت قد تزوجت من أجنبي أن تسترد جنسيتها الفرنسية اذا أقامت في فرنسا مدة سنتين وأعلنت اختيارها بذلك . فلما أرادت مرغريت فهي القيام بالاختيار رفض طلبها بدعوى أنها مازالت محتفظة بجنسيتها الفرنسية اذ أنها كانت متزوجة من عثمانى الجنسية ووفقا للقضاء الفرنسي لا تسقط عن هذه المرأة جنسيتها الفرنسية لأن القانون الثماني القديم لا يمنحها جنسية زوجها (قارن Arminjon في الأجانب وأصحاب الحماية . ١٠٦) ومن ثم لا داعي لاتخاذ اجراءات استرداد الجنسية الفرنسية . فاعتبرت محكمة الاستئناف المختلطة في حكمها السابق الاشارة اليه أن هذه المرأة مصرية =

وانا ملاحظتان مكملتان للأحكام السالفة التي فصلناها : الملاحظة الأولى : وموضوعها ، هل يمكن للزوج المصري أن ينتقل الجنسية المصرية الى زوجته المجردة من الجنسية ؟ هذا الفرض نادر ، ويمكن القول باكتسابها الجنسية المصرية من باب أولى ، كما أنه يمكن القول بعكس ذلك بناء على أن صياغة النص قد تفيد أن هذه الأجنبية التي تتزوج من مصري مفروض أنها متمتعة بجنسية أجنبية قبل الزواج ، وبخاصة اذا لاحظنا أن القول بالرأى الأول مؤداها التسهيل للأجنيات اللاتي لا جنسية لهن في اكتساب الجنسية المصرية بطريقة مبسطة وهي تزوجهن زواجا سوريا ومؤقتا بزواج مصري أيا كان بدلا من اتباع طريق التجنس ، وهي الطريق المعتادة . ومع ذلك فنحن نرجح الرأى الأول لأنه أكثر موافقة لنصوص القانون وان كان لا يتفق مع ما يجب أن يكون عليه التشريع .

الملاحظة الثانية : وموضوعها ، أن المشرع قد توسع في منح الجنسية المصرية بطريق الزواج ولم يجعل ذلك مقيدا بقيود ، اذ يصح أن تكون الزوجة أجنبية غير مرغوب فيها indésirable وبخاصة اذا كان قد صدر ضدها قرارا بالابعاد لسبب من الأسباب فتعتمد هذه الزوجة ، كى تضع كل أثر له ، بالتزوج زواجا سوريا من مصري أيا كان . وهذه الحالة كثيرة الحصول في مصر ، ألم يكن من الأولى اذن أن يوليها الشارع شيئا من الالتفات والعناية ؟ ^(١) .

== ومع ذلك فانها استردت جنسيتها الفرنسية رغم رفض طلب الاختيار السابق ، اذ أن حصول هذا الاختيار معقود بفقد الجنسية الأصلية في نظر المشرع الفرنسي ، فليس للحكومة المصرية أن تدعى هنا ببقاء الجنسية المصرية لهذه المرأة اذ أن الحكومة الفرنسية تعتبرها فرنسية دون حاجة لأي إجراء ما . وعلى ذلك يكفي لاسترداد المرأة مرغريت فهمي لجنسيتها الفرنسية أن تكون قد حددت اقامتها في الخارج ولا محل للكلام في استردادها الجنسية الفرنسية ما دامت هذه الجنسية لها في الماضي والمستقبل على السواء وان كان يفاؤها لها في الماضي غير مقرر عليه في مصر . راجع تعليقنا على الحكم السابق الاشارة اليه . ولكن ماذا يجب أن تفعل هذه المرأة لو أرادت الاستمرار على جنسيتها المصرية رغم اقامتها في فرنسا ؟

(١) وهذا ما ذهب اليه معهد القانون الدولي في اجتماع استكهولم سنة ١٩٢٨ في المادة الخامسة . وقد يكون من الصعب هنا الاستعانة بفكرة الفس نحو القانون لتنفيذ قرار الابعاد .

الحالة الثانية : وهي حالة المرأة المصرية التي تتزوج من أجنبي . وتقول في ذلك المادة ٢/١٤ « المرأة المصرية التي تتزوج من أجنبي تفقد الجنسية المصرية اذا كانت بمقتضى هذا الزواج تدخل في جنسية زوجها عملا بالقانون الخاص بهذه الجنسية » . ومعنى هذا أن فقد هذه المرأة لجنسيتها المصرية معلق على اكتساب الجنسية الجديدة ، فكأن الجنسية المصرية هي الأصل أما الجنسية الأجنبية فهي جنسية ثانوية لاحقة ، واكتسابها معقود بمنحها بموجب قانون الزوج . ومذهب المشرع المصرى هذا وسط بين التشريعات الأخرى التي سار بعضها على اسقاط الجنسية عن المرأة بمجرد زواجها من أجنبي كما رأينا بالنسبة للقانون البريطانى القديم . وسار البعض الآخر منها على الاحتفاظ بالجنسية الأصلية للمرأة الا اذا رغبت في جنسية زوجها وأعلنت رغبتها في ذلك صراحة كما هي الحال فى التشريع الفرنسى .

٤٧٠ — وبمقتضى التشريع المصرى يجوز للزوجة عند انتهاء الزوجية أن تسترد الجنسية المصرية اذا ما أعلنت رغبتها في ذلك واستوفت الاجراءات المقررة طبقا للمادة ٢٠ متى كانت اقامتها العادية فى القطر المصرى أو عادت للإقامة فيه بعد انتهاء الزوجية . فاذا ظلت هذه المرأة فى الخارج لا يمكنها أن تسترد جنسيتها المصرية . هذا ويلاحظ أن المرأة الأجنبية التي تصبح مصرية بزواجها من مصرى وانتهت زوجيتها ، تظل مع ذلك مصرية اذا لم تسترد جنسيتها الأصلية ولو أنها كانت مقيمة فى الخارج ، أما المرأة المصرية التي تزوجت من أجنبي وانتهت الزوجية بينهما فانها تظل أجنبية اذا بقيت مقيمة فى الخارج ولا تسترد مصريتها ولو أظهرت رغبتها فى ذلك . وهذه الأحكام قد يصعب تعليلها تعليلا شافيا ^(١) وان كانت المذكرة الايضاحية تقول فيها « بأن الغرض هو منع تعدد

(١) ومن رأى بعض الكتاب ضرورة تنظيم مسألة جنسية المرأة المتزوجة عن طريق الاتفاقات الدولية ، اذ أن هذه المسألة ذات صبغة دولية فلا يجب حلها وفقا للتشريعات الوطنية وحدها وذلك قطعا للتنازع . قارن رسالة Calbirac . ٣١٣ وما بعدها .

الجنسيات وما يترتب على هذا التعدد من التنازع وأن ذلك من أخص مرامي التشريع الحديث في شئون الجنسية ! ! » .

(هـ) الجنسية المصرية

٤٧١ — تكلم المشرع المصري عن فقد الجنسية المصرية بصفة أصلية في المواد ١٠ ، ١٢ ، ١٣ ، ولكنه أشار الى فقدتها في أحوال أخرى سبق أن بينها عند شرح المواد ٢ ، ١٤ ، ١٥ ، ١٦ . فلا يبقى هنا سوى بحث أحوال فقد الجنسية المصرية بصفة أصلية .

٤٧٢ — ومبدأ فقد الجنسية في ذاته مقرر في القوانين عامة ، أى أنه مبدأ عالمى عرف من قديم الزمان ، ولكنه خضع بدوره لسنة التطور . فلم يكن للفرد في البداية أن يتنازل عن جنسيته الأصلية في سبيل اكتساب جنسية جديدة ، وذلك وفقا لمبدأ الولاء الدائم لشخص الملك . ولكن تحرر الفرد رويدا من هذا الارتباط الدائم ، اذ اعتاد الملوك أن يسمحوا لبعض رعاياهم بالخروج من جنسيتهم واكتساب جنسية أجنبية . وانتهى الأمر أخيرا الى تقرير مبدأ حرية الفرد في تغيير جنسيته ، ولو أن هذا المبدأ ما زال مقيدا ببعض القيود فى بعض التشريعات الى الآن . على أنه كان مقررا فيما مضى جواز فقد الجنسية عن طريق العقوبة ، وذلك اذا ما التحق فرد بخدمة الأعداء أو أقام فى الخارج مدة طويلة ، أو لغير ذلك من الأسباب التى ما زالت موجودة حتى اليوم ولكن فى أسلوب عصرى يتناسب مع تغير الأزمنة وتغير طرق الحكم ونظمه^(١) .

وأساس فقد الجنسية فى الوقت الحاضر ليس مبناه العقوبة فحسب ، اذ أن المشرع قد يقرر فقد الجنسية عن شخص رغبة منه فى منع تعدد الجنسيات ويتحقق ذلك فى حالة ما اذا اكتسب ذلك الشخص جنسية جديدة عن طريق التجنس

(١) راجع فى التطور التاريخى فى فرنسا لهذه المسألة . مؤلف Rothier . فى القانون المدنى الجزء الأول .

وفقا لتشريع أجنبي كما سنرى عند شرح المادة ١٢ . وأساس فقد الجنسية في هذه الحالة تحقيق أغراض عملية نافعة . وكذلك قد يقرر المشرع فقد الجنسية عن شخص اذا ما قام هذا الشخص بأعمال ، لحساب دولة أجنبية ، يصعب التوفيق بينها وبين واجباته نحو دولته القديمة . فقيامه بهذه الأعمال دليل مادي على رغبته في الانفصال عن جنسيته القديمة كما سنرى عند شرح المادة ١٣ . كما أنه تظهر فكرة العقوبة من جديد كأساس لفقد الجنسية المصرية اذا ما ارتكب المتجنس بها أعمالا معينة نص عليها المشرع في المادة ١٠ .

٤٧٣ — ونشرح على التعاقب الأحوال الأصلية لفقد الجنسية المصرية :

الحالة الأولى : وهي حالة المصرى الذى يتجنس بجنسية أجنبية (المادة ١٢) : وقد أخذ المشرع المصرى هنا بمذهب وسط ، اذ لم يمنع المصرى اطلاقا ، من التجنس بجنسية أجنبية كما فعل المشرع الانجليزى ، ولم يطلق له الحرية واسعة كما هي الحال في كثير من التشريعات الحديثة ^(١) ، بل جعل التجنس موقوفا على أخذ ترخيص مقدما من الحكومة المصرية . ويصدر هذا الترخيص في شكل مرسوم ، فلا يكتفى اذن بقرار يصدر من وزير الداخلية ، وذلك لخطورة الموضوع . ولقد أحسن المشرع صنعا باشتراطه الاذن ، لأنه لو ترك الحرية للأفراد كان من المحتمل أن يتأثر بعض ضعاف النفوس بمزايا الامتيازات الأجنبية ومنافعها فيتخلون عن جنسيتهم المصرية ويندمجون في جنسية احدى الدول الممتازة كما كانت الحال بالنسبة لأصحاب الحماية . وعلى أية الأحوال فان في وجود الاذن ضمان لصحة التجنس ؛ ومانع من تنازع الجنسيات . وقد أخذ

(١) قارن Weiss . ١ . ٥١٣ وما بعدها .

المشرع بشرط الاذن هذا في القانون العثماني القديم الصادر في سنة ١٨٦٩^(١) .
 فاستلزام المشرع له في سنة ١٩٢٩ انما هو استمرار لتقاليد نافعة بالنسبة للمستقبل .
 ويعطى هذا الاذن^(٢) عادة للمصريين المقيمين في الخارج اذا كانت لهم
 مصلحة في التجنس بجنسية أجنبية . ونوجه الأنظار الى أن اشتراط هذا
 الترخيص مقدما من شأنه أن يقضى ، بصفة عامة ، على ما يسمى بالتجنس
 التديليسي^(٣) الذي يقصد به التهرب من تطبيق أحكام قوانين البلد الأصلي ،

(١) وكان التصريح يصدر فيما مضى من حكومة الباب العالي ، أما بالنسبة للرعايا المحليين
 المصريين فان الاذن يصدر لهم من الحكومة المصرية سواء قبل ٥ نوفمبر ١٩١٤ أو بعد ذلك
 التاريخ . انظر ٢٠ نوفمبر ١٩١٣ . م . ت . م . ٢٦ . ٣٤ و ٧ يونيو ١٩٢٢ . م . ت . م .
 ٣٤ . ٤٦٩ . وعلى المصرى الذى يدعى اكتسابه جنسية أجنبية عن طريق التجنس أن يقدم
 الدليل على حصوله على الترخيص السابق فلا محل اذن للقول بوجود ترخيص ضمنى . ولكن
 حكم تحت سلطان القانون العثماني القديم باعتبار الرضا الضمنى دليلا على التصريح بالتجنس ، فاذا
 عاملت الحكومة المصرية شخصا هو فى الأصل مصرى على اعتبار أنه أمريكى وعينته محلفا
 فى المحاكم المختلطة على الأساس السابق فلا محل لمنازعتها فيما بعد فى جنسيته الأمريكية ٣ يونيو
 ١٩٢٤ . م . ت . م . ٣٦ . ٤١٤ . ولا شك أن هذا التوسع فى التفسير خطر . وعلى
 أية حال فانه لا محل له الآن بعد أن اشترط المشرع صراحة ضرورة صدور التصريح فى
 شكل مرسوم .

ومن المسائل التى أثارها الخلاف فيما مضى معرفة ما اذا كان التصريح لازما فى حالة مغادرة
 الديار الى البلاد الأجنبية ، ففى عدم ضرورة التصريح فى هذه الحالة . ٢٦ ديسمبر ١٩١٢ .
 م . ت . م . ٢٥ . ٧٩ . ولا محل لهذا الخلاف الآن لأن نص المادة ١٢ من قانون
 الجنسية المصرى مطلق فلا بد من التصريح سواء كان المصرى طالب التجنس يقيم فى مصر أو
 فى الخارج . ولكن لا مانع يمنع هذا المصرى التجنس من الدخول فى الأراضى المصرية
 بهرط أخذ اذن Visa كسائر الأجانب العاديين (قارن نص المادة ٥ من القانون العثماني
 القديم) .

ويعطى الاذن بالتجنس للمصرى وللمصرية على السواء الا أنه اذا كانت المصرية متزوجة من
 مصرى فانه لا يسوغ لها أن تتجنس بجنسية أخرى ولو حصلت على تصريح لما يكون فى ذلك
 من مخالفة لنص المادة ٣/١٥ .

(٢) وفى الاصطلاح الفرنسى le congé de nationalité .

(٣) انظر قبله ٣٥٤ .

ولا يعطى الاذن الا بعد الاستعلامات والتحقق من الأسباب التى تدعو الشخص الى اكتساب جنسية أجنبية . وعلى ذلك اذا تجنس مصرى بجنسية أجنبية بغير الترخيص له مقدما بذلك فان تجنسه يعتبر باطلا فى نظر التشريع المصرى أى أنه يظل معتبرا مصرىا من جميع الوجوه وفى كل الأحوال (المادة ٢/١٢) . وهذا الجزاء حاسم^(١) ولو أنه يؤدى الى تنازع ايجابى بين الجنسية المصرية والجنسية الأجنبية المكتسبة ، اذ أن هذا المصرى يعتبر ايطاليا (مثلا) فى بلاد الجنسية الأخرى .

ولكن اذا كان الاذن بالتجنس قد أخذ صحيحا . فان المصرى يكتسب الجنسية الأجنبية وفقا لشرائطها فاذا لم يكتسبها فتبقى له جنسيته المصرية^(٢) . ويترتب على تجنسه بهذه الجنسية أن تفقد زوجته الجنسية المصرية ، وهذا الفقد معقود بدخولها فى جنسية زوجها بمقتضى القانون الخاص بهذه الجنسية الجديدة ، ومع ذلك فتبقى لها جنسيتها المصرية اذا قررت فى خلال سنة من تاريخ دخول زوجها فى هذه الجنسية انها ترغب الاحتفاظ بالجنسية المصرية ، مع ملاحظة أن زوجها يكون أجنبيا . وفى هذا ما يثبت أن مبدأ وحدة الجنسية العائلة وفقا للتشريع المصرى ليس مطلقا كل الاطلاق بل يصح أن تختلف جنسية الزوجين فى العائلة (٢/١٥) . وعلى أية الأحوال فانه يجوز لهذه الزوجة بعد انتهاء الزوجية أن تسترد جنسيتها المصرية تطبيقا للمادة ٢/١٤ وللمادة ٤/١٥ .

(١) ومع ذلك فهو جزاء واه ، اذ يتمكن التجنس فى الواقع من الاستفادة من مزايى الجنسيتين فى وقت واحد وعلى قدر الامكان ، كل فى أرضه .

(٢) اذ القول بعكس ذلك معناه أن هذا المصرى يصبح ولا جنسية له ، وهذا أمر غير مرغوب فيه وبخاصة اذا لاحظنا أنه لا يقصد باعطاء هذا الترخيص اسقاط الجنسية المصرية عن الشخص وانما يقصد به تسهيل اكتساب الجنسية الأجنبية عليه . وتحديد المراد بالجنسية يرجع فيه للتشريع المصرى فان كان المصرى لم يكتسب سوى التمتع بمقوق لا تساوى الحقوق المترتبة على الجنسية كما اذا اكتسب فقط صفة مواطن فى بلدة معينة فانه يظل مصرىا . قارن موسوعة القانون الدولى . ٩ . ٤٤١ .

ويترتب على تجنب المصري بجنسية أجنبية تجنباً صحيحاً أن يفقد أولاده القصر وقت التجنس جنسيتهم المصرية لكن يكتسبوا جنسية أبيهم الجديدة بالتبعية^(١) ، إذا كان القانون الخاص بهذه الجنسية يقضى بذلك . وهذا الحكم كما هو ظاهر أساسه منع اللاجنسية (المادة ١٦/٢) . على أنه يسوغ لهؤلاء الأولاد القصر أن يقرروا اختيار جنسيتهم الأصلية في خلال السنة التالية لبلوغهم سن الرشد (المادة ١٦/٣) . وتحديد هذا السن كما تقول المادة ١٩ يكون طبقاً لتشريع البلد التابع له الشخص وقت الاختيار .

وعلى أية الأحوال فإنه ليس لدخول الجنسية المصرية أو فقدانها واسقاطها واستردادها أى تأثير على الماضى ما لم ينص على ذلك فى المرسوم . وهذا الحكم عام وقد أوردته المادة ١٨ . وهو متفق كل الاتفاق مع المبادئ العامة .

الحالة الثانية : وهى حالة المصرى الذى يودى أعمالاً لا تتفق مع واجباته نحو بلده فيصح اسقاط^(٢) الجنسية المصرية عن هذا المصرى بمرسوم . وقد ورد هذا الحكم فى المادة ١٣ التى يتبين من مطالعتها وجوب التفرقة بين فرضين أساسيين . الفرض الأول : ومقتضاه أن يقبل المصرى القيام بالخدمة العسكرية لدى إحدى الدول الأجنبية بدون أخذ ترخيص صريح^(٣) من الحكومة . فعمله هذا متعارض مع واجباته نحو الدولة المصرية . ولا يشترط هنا أن يودى المصرى الخدمة العسكرية فى الخارج ، بل يصح أن يتم ذلك داخل البلاد كمن يتطوع فى خدمة الجيش الانكليزى المحتل . وإنما يشترط أن يكون قد قبل الخدمة العسكرية بمحض

(١) وذلك وفقاً لنظرية السلطة الأبوية *patria potestas* عند الرومان .

(٢) وفى الاصطلاح الفرنسى *la déchéance de la nationalité égyptienne* .

(٣) ولا يشترط أن يكون الترخيص فى شكل مرسوم بل يكفى فيه أن يكون فى شكل قرار صادر من الحكومة المصرية أى من مجلس الوزراء . وعلى أية حال فإن عدم أخذ الترخيص لا يترتب عليه سقوط الجنسية المصرية عن هذا المصرى فالاستقاط جوازى للحكومة . فإن قرره فعلياً أن تستصدر مرسوماً بذلك .

ارادته لا أن يكون قد أجبر عليها ابان وجوده في الخارج ، ويتحقق ذلك اذا ما كانت جنسية بلد أجنبي قد فرضت عليه فرضا بسبب ميلاده أو اقامته مدة طويلة بها . أما الفرض الثانى . فمقتضاه أن يقبل المصرى وظيفة في الخارج أى خارج مصر لدى حكومة أجنبية ويستمر فيها رغم الأمر الصادر له من الحكومة المصرية بتركها ، فاسقاط الجنسية عنه يحصل لنفس السبب السالف الذكر . وظاهر أنه يشترط هنا أن يحصل قيامه بالخدمة في الخارج لا في الداخل ، فمن يعين في سفارة أو قنصلية أجنبية في مصر لا يمكن أن تسقط عنه الجنسية المصرية لهذا السبب . وظاهر أيضا أن فقد الجنسية المصرية هنا معلق على صدور الأمر لهذا الموظف بمغادرة هذه الخدمة فان لم يصدر هذا الأمر فلا يصح اسقاط الجنسية مقدما .

و بمقتضى القانون رقم ٩٢ لسنة ١٩٣١ . أضيف فرض جديد للفرضين السابقين ، فأصبحت المادة ١٣ حاوية لثلاثة فروض . وبموجب هذه الاضافة يصح اسقاط الجنسية المصرية بمرسوم عن كل شخص يقيم خارج القطر المصرى (لا داخله) ويكون منتسبا الى هيئة غرضها نشر دعاية ثورية ضد النظام الاجتماعى أو الاقتصادى للدولة أو ضد النظم الأساسية للمجتمع^(١) وظاهر أن الغرض من هذه الاضافة الجديدة هو محاربة البولشفية . فتسقط الجنسية عن مرتكب هذه الأعمال لأنها لا تتفق مطلقا مع اعتباره مصرى ملتزما بالمحافظة على كيان الدولة المصرية .

(١) وهاك نص الفقرة المضافة : « وكذلك يجوز اسقاط الجنسية المصرية بمرسوم عن كل شخص يقيم خارجا عن القطر ويكون منضما الى هيئة غرضها نشر دعاية ثورية ضد النظام الاجتماعى أو الاقتصادى للدولة أو ضد النظم الأساسية للمجتمع أو ترمى الى الوصول الى نفس الغرض بأية وسيلة أخرى أو يكون منضما الى مركز أو معهد دراسى أو غير دراسى أو الى مكتب أو جماعة تابعة لثل تلك الهيئة أو متصلة بها أيا كان وجه التبعية أو الاتصال وسواء أ كانت تلك الهيئة أو أحد ملحقاتها موجودة في القطر المصرى أم في الخارج .

وكذلك يجوز اسقاط الجنسية عن كل شخص يتلقى في مثل الشروط المتقدمة تعاليم مثل تلك الهيئات أو أساليبها سواء أ كان ذلك بحضور دروس أم بأية طريقة أخرى » .

واسقاط الجنسية في هذه الفروض الثلاثة مقصور في اعتقادنا على الشخص الذى يوجد في هذه الظروف دون زوجته وأولاده القصر الذين يظلون مصريين لأنهم لم يفعلوا ما يوجب فقدانهم لجنسيتهم وبخاصة اذا كان المقصود هو مطلق توقيع عقوبة كما يشعر بذلك قانون سنة ١٩٣١ .

على أنه يجوز لمن أسقطت جنسيته وفقاً لما تقدم أن يستردها طبقاً لأحكام المادة ٨ من قانون الجنسية أى عن طريق التجنس .

الحالة الثالثة : وهى حالة سحب ^(١) الجنسية المصرية من الأجنبي المتجنس بها . والسحب هنا حاصل على سبيل العقوبة ، اذ ثبت أن هذا المصرى الجديد غير أهل للاحتفاظ بالجنسية المصرية لارتكابه عملاً من الأعمال المنصوص عليها في المادة ١٠ ، التى تقرر أنه « يجوز بمرسوم تذكر فيه الأسباب ^(٢) اسقاط الجنسية المصرية عن من دخل فيها طبقاً لأحكام المواد الثلاث السابقة وذلك في الأحوال الآتية : (١) اذا كان دخل الجنسية المصرية بناء على أقوال كاذبة أو بطريق الغش (٢) اذا حكم عليه في القطر المصرى بعقوبة جنائية ^(٣) أو بعقوبة الحبس لمدة سنتين على الأقل (٣) اذا أتى عملاً فيه مساس بسلامة الدولة في الداخل أو في الخارج أو بنظام الحكومة أو بالنظام الاجتماعى في القطر المصرى (٤) اذا نشر بطريق الخطابة أو الكتابة أو احدى طرق النشر الأخرى أفكاراً ثورية مغايرة لمبادئ الدستور الأساسية ^(٤) .

على أنه لا يسوغ تقرير هذا الاسقاط اذا كان التجنس قد مضى عليه أكثر من خمس سنوات *dies a quo* .

٤٧٤ — والمادة السابقة واضحة كل الوضوح ويكفى هنا أن أوجه

(١) وفي الاصطلاح الفرنسى *retrait* .

(٢) وفي الاصطلاح الفرنسى *décret motivé* .

(٣) أى عقوبة جنائية *une peine criminelle* .

(٤) قارن هذه الحالة بحالة اسقاط الجنسية المشار إليها في قانون سنة ١٩٣١ .

الأنظار الى المسائل الآتية :

أولاً : ان سحب الجنسية (لا اسقاطها كما فى نص القانون) يحصل بمرسوم أى بعمل صادر من السلطة التنفيذية . ويجرى بعض التشريعات الأخرى كالتشريع الفرنسى على جعل هذا الأمر من اختصاص السلطة القضائية لخطورته (المادة ١٠/٣ من قانون ١٩٢٧) . ولكن استعاض المشرع المصرى عن هذا كله باشتراط أن يكون المرسوم مسبباً .

ثانياً : ان هذه المادة لا تنطبق الا على الأجنبي الذى تنجس بالجنسية المصرية وفقاً للمواد ٧ ، ٨ ، ٩ . فلا تنطبق اذن على من دخل الجنسية المصرية بسبب آخر كالمواد ١٤ و ٢٤ . ويقضى التشريع الفرنسى بجواز سحب الجنسية الفرنسية من الزوجات اللاتى يرتكبن بعض الأعمال المحظورة .

ثالثاً : انه من الممكن القول بأن سحب الجنسية المصرية يكون قاصراً على المتجنس دون أفراد عائلته لأن الأساس هنا هو توقيع العقوبة والأصل فيها أن تكون شخصية ، كما أنه يصح القول بأن المشرع قد قصد سحب الجنسية من مكتسبها ومن تابعيه كتهديد للمتجنس كي لا يرتكب عملاً من الأعمال المذكورة فى المادة ، وفى اعتقادى ضرورة اتباع الرأى الثانى ^(١) ولا جدال فى ذلك اذا أفصح مرسوم السحب عن ضرورة سحبها من الزوجة والأولاد القصر فيتبع .

رابعاً : ان هذا السحب يحصل فى خلال الخمس سنوات التالية للتجنس لا بعدها . أى أن مدة الخمس سنوات هى مدة تجربة للسلوك وشرط فامخ للجنسية المصرية كما ورد ذلك فى المذكرة التفسيرية للقانون ، وتقول النسخة الفرنسية *une sorte de condition résolutoire* ، وفى هذا ما يثبت أن سحب الجنسية ليس له أثر رجعى ، ويمكن تأييد وجهة النظر هذه بنص المادة

(١) اذ أن المقصود من هذا الاجراء هو طرد هذا المتجنس من الجنسية المصرية فيخرج منها هو ومن يتبعه . وبخاصة اذا علم أن سحب الجنسية من هذا الشخص يتبعه غالباً ابعاده عن مصر فيبعد عنها هو وأفراد عائلته ، عدا البالغين منهم .

١٨ السالف الإشارة اليه . على أنه يمكن القول بالأثر الرجعى لسحب الجنسية في حالة ما اذا كان الدخول في الجنسية المصرية مبنيا على الغش^(١) . ولا شك هنا أيضا في ضرورة سحبها من الزوجة والأولاد القصر بناء على مبدأ أن الغش يفسد كل شيء *fraus omnia corrumpit*^(٢) .

خامسا : انه لا يسمح في الأصل بالطعن في صحة هذا المرسوم والذي تقول بحمايته هنا هو تقدير السلطة التنفيذية ، لا تحقق أو عدم تحقق احدى الأحوال السابقة المذكورة في المادة ١٠ اذ تخضع هذه المسألة في رأينا لرقابة المحاكم . على أنه لا محل لرقابة القضاء اذا كان هو نفسه الذي أصدر حكما على الأجنبي لارتكابه عملا من الأعمال السالفة .

(و) استرداد الجنسية المصرية^(٣)

٤٧٥ — اذا فقد المصرى جنسيته بأحد الأسباب الأخرى المذكورة في القانون ، فانه من المحتمل أن يرغب في العودة الى جنسيته القديمة من جديد وترك الجنسية التي اكتسبها ان كان قد اكتسب جنسية جديدة . فهل من الممكن تحقيق هذه الرغبة ؟ هذا ما أجاب عنه القانون بالإيجاب فبسط الشروط مرة وصعبها أخرى على حسب الأحوال ، فجاءت الشروط سهلة كما رأينا في المواد ١/١٤ و ٢ ، ٤/١٥ ، ٣/١٦ ، ٢/٢٤ فلم يستلزم المشرع أكثر من اظهار الرغبة والاقامة في القطر المصرى . ولقد جاءت الشروط صعبة كما يرى في المادة ٢/١٣ اذا استلزم هنا ضرورة استيفاء شروط التجنس العادى . وهذه الفقرة جديدة في

(١) لأن الحاصل هو بطلان nullité التجنس لا سحبه أو الغائه révocation ومن المعلوم أن لبطلان أثرا رجعيا دون السحب أو الالغاء .

(٢) قارن موسوعة القانون الدولى . ٩ . ٤٧٧ — ٤٧٩ مذهب القضاء الفرنسى في التفرقة بين آثار فقد الجنسية المبني على التجنس perte - changement و آثار فقد الجنسية المبني على الاسقاط perte - déchéance .

(٣) وفي الاصطلاح الفرنسى Le recouvrement de la nationalité égyptienne .

قانون سنة ١٩٢٩ ولم يأت لها ذكر في قانون ١٩٢٦ مما دعا البعض^(١) الى القول بعدم جواز اكتساب الجنسية المصرية من جديد فجاء النص قاطعا لكل شك مقررًا جواز اكتسابها على الوجه السابق .

(ز) اثبات الجنسية المصرية

٤٧٦ - لا شك في أهمية اثبات الجنسية بالنسبة للوطنيين والأجانب على السواء . ولا تقف هذه الأهمية عند حدود مسائل تنازع القوانين الداخلة في القانون الخاص بل تتجاوزها الى بعض المسائل الداخلة في القانون العام . فيهم الوطني اثبات جنسيته الوطنية رغبة منه في استعمال حقه الانتخابي أو التمتع بوظيفة حكومية أو مفاداة أمر بالابعاد أو بالتسليم صدر في غير محله . وكذلك الأجنبي بدوره قد يهمه اثبات جنسيته الأجنبية كما لو أراد أن يتخلص من القيام بالخدمة العسكرية في بلد خلاف بلده الأصلي ، أو أن يتمتع بامتيازات مقررة له بمقتضى التشريع . فمسائل اثبات الجنسية متصلة بالقانون الخاص و بالقانون العام على السواء^(٢) . ومن ثم كان من المحتمل أن يثار النزاع بشأنها أمام المحاكم القضائية أو أمام السلطات الادارية على حسب الأحوال . فكيف يتم الاثبات ، وما هي السلطة المختصة بتقرير جنسية الشخص والفصل في المنازعات التي تثار حولها ؟ أما كيفية الاثبات فهي مسألة موضوعية والأدلة تختلف باختلاف كل حالة وباختلاف أحكام التشريع في كل بلد . وأما الهيئة المختصة فهي اما أن تكون المحاكم القضائية العادية ، وبخاصة اذا كان النزاع حول الجنسية ، كمسألة فرعية سابقة على المسألة الأصلية المطروحة أمام المحكمة ، واما أن تكون سلطة ادارية تفحص كل حالة تعرض بطريقة فرعية أو أصلية وتفصل فيها حسبما تراه . على أن هناك فارقا هاما بين الطريقتين ، فاتباع الطريق الأولى من شأنه أن يجعل الحكم

١) الدكتور الزيني . ٤٢٤ - ٤٢٥ .

٢) انظر رسالة Cogordan . ٤٠١ وما بعدها .

القضائي الفاصل في مسألة الجنسية مقصورا في قوته على الطرفين المتنازعين دون غيرهم ، فيصح اذن العدول عنه بمناسبة نزاع تال مطروح أمام أية محكمة أخرى ، وأما في حالة اتباع الطريق الثانية فان القرار الادارى يكون محترما من الجميع اذ يقصد به اظهار جنسية الشخص في نظر الحكومة الوطنية وبالتالي في نظر الجميع^(١) . وقد اتبعت هذه الطريق في الدولة العثمانية عقب صدور قانون سنة ١٨٦٩ الخاص بالجنسية^(٢) . على أنه يمكن القول باتباع طريق ثالثة هي التصريح لاحدى السلطات الادارية بفحص مسائل الجنسية مقدما واعطاء شهادات للمواطنين دون غيرهم ، على أن يعمل بهذه الشهادات أمام القضاء الا اذا ثبت عكسها . وفي اتباع هذه الطريق الجمع بين المراقبة القضائية وما فيها من ضمانات ، والمراقبة الادارية بما فيها من مزايا البحث والتحري عن حقيقة الأشخاص بالوسائل الادارية لمعرفة ما اذا كانوا وطنيين أو أجانب . وقد اتبع المشرع المصرى هذا المذهب في قانون الجنسية الصادر في سنة ١٩٢٩ في المادة ٢١ التى تقر ما يأتى « يعطى وزير الداخلية كل ذى شأن شهادة بالجنسية المصرية مقابل دفع الرسوم التى تفرض بمقتضى قرار منه وبعد تقديم جميع الأدلة التى يرى لزومها وهذه الشهادات يؤخذ بها لدى القضاء حتى يثبت عكس ما فيها » . ولكن لما كانت أدلة الاثبات القاطعة في مسألة الجنسية من الصعوبة بمكان رأى المشرع أن يخفف على وزير الداخلية و بالتالى على القضاء هذه المهمة العسيرة أورد في المادة ٢٢ قرينة قانونية مقتضاها أن « كل شخص يسكن^(٣)

(١) وهذا لا ينفي احتمال تغير الجنسية فيما بعد باحدى الطرق غير المباشرة كالتجنس أو الزواج .

(٢) انظر مؤلف Arminjon « الأجانب وأصحاب الحماية » ١٣٦ — ١٣٩ حيث يشير الى تأليف لجنة بوزارة الخارجية العثمانية مهمتها بحث حالة الأشخاص المفروض أنهم عثمانيون مع أنهم يدعون جنسية دولة أجنبية أو حمايتها .

(٣) وفي النص الفرنسى Tout individu habitant le territoire . فلا يشترط اذن التوطن بل تكفى مجرد السكنى .

الأراضي المصرية يعتبر مصرياً ويعامل بهذه الصفة الى أن تثبت جنسيته على الوجه الصحيح » وأساس هذه القرينة السيادة الإقليمية فكل شخص لم تثبت جنسيته الأجنبية على وجه قانوني ظاهر فالأصل فيه أنه مصرى . أى أن الجنسية المصرية هنا احتياطية وثانوية ، ولذلك لم يرض الشارع أن يترك لهذا الشخص التمتع بكامل الحقوق كسائر المصريين فنص في المادة ٢٢/٢ « على أنه ليس له أن يباشر الحقوق السياسية في مصر الا اذا ثبتت جنسيته المصرية » . ومؤدى هذا القيد أن المشرع لا يقصد اعطاء هذا الشخص الجنسية المصرية وان افترضه مصرى لعجزه عن اثبات جنسيته الأجنبية ، فلا يحق له أن يباشر حقوقه السياسية الا بعد أن يثبت جنسيته المصرية بوسائل أخرى يقرها القانون والقضاء . والخلاصة أن القرينة الواردة في المادة ٢٢ سلبية لأنها لا تمنح جنسية حقيقية ، وإنما تفترض الجنسية المصرية بدلا من افتراض وجود حالة لاجنسية أو جنسية أجنبية ^(١) .

٤٧٧ — وكان للقرينة الواردة في المادة ٢٢ من قانون الجنسية المصرى الأخير نظير في المادة التاسعة من القانون العثمانى القديم . واذا تأملنا في موضوعها وجدنا أنها لا تتناسق مع الأساس الذى بنيت عليه الجنسية العثمانية فى الماضى والجنسية المصرية فى الوقت الحاضر ، اذ القرينة اقليمية ومبنى الجنسية السالفتين شخصى ، وفقا لمذهب حق الدم . ولذا لم يكن غريبا أن يثير العمل بهذه القرينة بعض الصعوبات وبخاصة بسبب وجود المحاكم المختلطة . لأن اختصاص هذه المحاكم يعتمد بحسب الأصل على اختلاف جنسية المتنازعين حتى اذا ظهر أنهما متحdan فى الجنسية ارتفع الاختصاص ، ومؤدى القرينة أن الجميع مصريون حتى يثبت العكس . فاذا رفع نزاع الى المحاكم المختلطة فهل يجب عليها أن تتحقق من اختلاف جنسية الخصوم قبل الفصل فى الموضوع بناء على أن الأصل هو اتحادهم فى الجنسية عملا بأحكام القرينة السالفة ، أو يجب عليها أن تفترض اختلافهم فى الجنسية لأن هذه المحاكم لا ترفع اليها الدعاوى بين متحدى

(١) وبخاصة بالنسبة لأشخاص قد يكونوا مصريين حقيقة ولكن يدعون جنسية أجنبية رغبة منهم فى الهرب من سلطان الحكومة الإقليمية .

الجنسية ؟ اذا أخذت المحاكم المختلطة بالافتراض الأول انتهت الى وجوب التثبت مبدئيا من اختلاف الجنسية ، ولا مزية فى صعوبة اتباع هذا المسلك ، وأثره فى تعطيل القيام بوظيفة العدالة . أما اذا أخذت بالافتراض الثانى انتهت الى وجوب الفصل فى الموضوع دون التعرض للسألة الأولية المتعلقة بالجنسية الا اذا أثبتت أمامها كما اذا ادعى أحد الأخصام أنه من نفس جنسية الطرف الآخر ، ومن ثم لا محل لاختصاص المحاكم المختلطة . فاذا أثبت هذا الادعاء فعلى من يكون عبء الاثبات السالف ؟ الأصل أن يكون على المدعى فيثبت أنه من جنسية مخالفة لجنسية المدعى عليه . فاذا كان المدعى عليه أجنبيا فعلى المدعى أن يثبت أنه ينتسب للجنسية المصرية أو لجنسية أخرى أجنبية مخالفة . كل هذا اذا كانت جنسية المدعى عليه الأجنبية ثابتة . فاذا كان المدعى مصرية والمدعى عليه ينازع فى اعتباره أجنبيا فعلى المدعى المصرى أن يثبت جنسية المدعى عليه الأجنبية^(١) ، الا اذا كان المدعى عليه قد اتصف فى العقد الذى تم بينهما بوصف أجنبى^(٢) فعندئذ ينتقل عبء الاثبات الى المدعى عليه الذى يحاول اثبات مصريته^(٣) عن طريق آخر خلاف القرينة الواردة فى المادة ٢٢ على حسب ما قررناه . ومقتضى أحكام القضاء المختلط اذن أن القرينة الواردة فى المادة ٢٢ لا يعتد بها وتسقط اذا وصف الشخص نفسه أو وصف فى المعاملات بأنه أجنبى ، اذ يلزم هنا اثبات الجنسية المصرية بطريق آخر . وكل ما فى الأمر أن عبء الاثبات يتغير على

(١) انظر ٥ نوفمبر ١٩١٩ م . ت . م . ٣٢ . ٦ و ١٢ ديسمبر ١٩٢٢ م . ت . م . ٩٢٠ ٣٥ .

(٢) ١٠ مايو ١٩٢٧ م . ت . م . ٣٩ . ٤٥٦ و ٣١ يناير ١٩٣٥ م . ت . م . ١٤٠ . ٤٧ .

(٣) وقد حكم تطبيقا على ما تقدم أنه اذا أقر شخص لآخر بجنسيته الأجنبية فى العقد ثم ادعى بعد ذلك أنه وطنى (مصرى) فعليه هو عبء الاثبات . ٢٣ نوفمبر ١٩٢٠ م . ت . م . ٣٣ . ٢٤ وقارن مسينا ٢٠ . ١٩٢ — ١٩٣ حيث يقرر ان الأصل أنه لا يصح للشخص أن يجبو نفسه بجنسيته لجرد رغبته أو اتباعا لهوى نفسه . ومع ذلك فعليه هذا بعد قرينة على جنسيته الأجنبية .

حسب الظروف المادية لكل نزاع . ويترتب على مسلك القضاء المختلط أن ثبوت عكس القرينة القانونية السالف لا يتم بتقديم دليل قانوني بل بعمل من جانب الشخص صاحب المصلحة وذلك بوصفه نفسه بأنه أجنبي ، ومعلوم أنه لا يمكن لشخص أن ينشئ دليلاً بنفسه . ويظهر أن السبب في اتباع هذا المسلك يرجع إلى ضرورة الطمأنينة في المعاملات نظراً لتعدد جهات الاختصاص في مصر ، ومن جهة أخرى ربما كان لرغبة المحاكم المختلطة في توسيع اختصاصها جانب من الأهمية في الموضوع ^(١) .

٤٧٨ — وعلى أية حال فإن الجنسية التي يراد اثباتها أمام المحاكم أما أن تكون الجنسية المصرية أو جنسية أجنبية . فإذا كانت الجنسية المراد اثباتها هي الجنسية المصرية ، فكيف يتم ذلك ؟ ذكر الشارع في المادة ٢١ وسيلة هامة من وسائل اثبات الجنسية المصرية وذلك في قوله « يعطى وزير الداخلية كل ذى شأن شهادة بالجنسية مقابل دفع الرسوم التي تفرض بمقتضى قرار منه وبعد تقديم جميع الأدلة التي يرى لزومها . وهذه الشهادات يؤخذ بها لدى القضاء حتى يثبت عكس ما فيها » فيرجع إلى وزير الداخلية لإثبات جنسية المصريين . وعلى صاحب المصلحة في ذلك أن يتقدم إليه طالباً إعطائه شهادة بجنسيته المصرية ، أو بجنسية أى مصرى آخر . ولا يعطى وزير الداخلية هذه الشهادة بمجرد طلبها بل يتحقق من تمتع الشخص المطلوب إثبات جنسيته بالجنسية المصرية سواء كان اكتسابه لها عن طريق النسب أو عن طريق الاقليم . فإذا أعطى الشهادة كانت لها قوة إثبات أمام الجهات القضائية على اختلاف أنواعها ولكن هذه القوة ليست مطلقة بل معلقة على إثبات العكس ، وكيف يثبت

(١) ولا شك أن مؤدى القرينة السالفة متجانس تماماً مع وجود المحاكم الأهلية والمحاكم الشرعية والطائفية إذ المفروض أنها لا تختص إلا بين المصريين ، فإذا صدر حكم من أحدها ونازع المحكوم ضده في صحته بناء على أن الطرفين مختلفو الجنسية فعليه عبء الإثبات . قارن ١١ أبريل ١٩٢٨ م . ت . م . ٤٠ . ٢٨٧ ولا يمكن أن توضع الأمور في نصابها إلا إذا وجدت محكمة عليا للتنازع في الاختصاص .

العكس ؟ سكت الشارع هنا وظاهر من سكوته أنه ترك الأمر للمحاكم ، فإذا قدمت شهادة أمام المحكمة الأهلية تثبت أن المدعى عليها مصرية ولكن هذه الأخيرة أثبتت زواجها فيما بعد من أجنبي من رعايا الدول صاحبة الامتيازات فلا يعمل بالشهادة الصادرة من وزير الداخلية^(١) . أى أن مسائل اثبات الجنسية وإن بدأت باعتبارها إدارية فإنها تنتهى دائماً بالمراقبة القضائية ، إذ للقضاء حق الفصل فى النهاية فى قيمة هذه الشهادة فله أن يعتبرها صحيحة وأن يرفض الأخذ بها لثبوت عكسها بإحدى الطرق التى يراها كافية لتأدية هذا الغرض .

ولقد أحسن الشارع صنعا بإيراده نص المادة ٢١ لأنه حدد بذلك الهيئة التى يرجع إليها فى طلب هذه الشهادة وحبها بقوة اثبات كافية ، وقد أيد بذلك ما كان متبعاً فى العمل قبل صدور قانون الجنسية^(٢) . هذا بالنسبة للمصريين وأما بالنسبة للأجانب فتثبت جنسيتهم عادة وفقاً للشهادة التى يقدمونها بقديم فى قنصلية معينة كأجانب . وهذه الشهادة إدارية بحتة ولذا كانت قوتها فى الإثبات محدودة أى أنه يصح اثبات عكسها بكل الطرق ، كما يصح للقنصلية نفسها أن تعدل عنها أو أن تغير من مؤداها وفقاً لما تراه السلطات العليا فى الدولة التابعة لها القنصلية . فالحلاصة أن الشهادة القنصلية تعتبر عنصراً من العناصر الموضوعية لظهور اتصاف الشخص بجنسية أجنبية . ولكي تحترم الشهادة القنصلية فى حدود النطاق السالف يلزم أن تكون بعيدة عن كل شبهة وأن تكون بعيدة عن

(١) فالأصل اذن الحرية المطلقة فى تقديم الدليل المثبت للجنسية المصرية أو الأجنبية على حسب الأحوال . محكمة مصر الابتدائية المختلطة ٢٤ ديسمبر ١٩٢٣ . جازيت ١٤ . ٢٣١ .

(٢) ارمنجون . المرجع السابق ١٤٦ حيث ينتقد اتباع هذا المسلك لما قد يترتب عليه من إنكار العدالة وبخاصة فى حالة عدم تحقق الاتفاق بين الدولتين . على أن هنالك من الأحكام ما يفضل الايقاف رغم ذلك فى حالة ما إذا كان أساس النزاع وجود اتفاق بين مصر والدولة الأجنبية كالاتفاق بشأن حماية التونسيين فيحسن الايقاف . قارن Arminjon ٢٩٢ وما بعدها وقبله . ٦٣ — ٦٧ .

التناقض^(١) كاشفة للجنسية لا مانحة ومقررة لها^(٢) .

٤٧٩ — ولكن يحصل أحيانا أن تقدم شهادة من قنصلية أجنبية^(٣) تثبت الجنسية الأجنبية لهذا الشخص الذى قدمت عنه شهادة بأنه مصرى فإذا يكون العمل ؟ اعتادت المحاكم المختلطة أن تقرر فى أول الأمر بأن النزاع هنا سياسى^(٤) ، فكانت تقضى بإيقاف النظر فى القضية الى أن يحل النزاع بين الحكومتين ، ولكن اتباع هذه السبيل كان سببا فى حدوث مضايقات مختلفة وسكوت عن الحق فى بعض الأحيان . مما دعا المحاكم الى العدول عن هذه الخطة الخاطئة ، اذ أن المتنازعين هم الأفراد لا الحكومات ، ولذا جرت على الفصل فى مسائل التنازع على الجنسية حسما يتبين لها من الظروف .

٤٨٠ — على أنه يصح التساؤل عما اذا كانت أحكام المحاكم المصرية بشأن الجنسية تحوز قوة الشيء المحكوم به أولا ؟ تكاد أغلبية الأحكام قبل وبعد صدور قانون الجنسية ، تقرر أن للأحكام السالفة حجة نسبية مقصورة على

(١) وكما تصبح الشهادة القنصلية تصلح أيضا الشهادة المقدمة من السلطات الرئيسية فى الدولة التابع لها الأجنبي كمن يقدم شهادة من العدة أو المدير فى مقاطعته الأصلية التى ولد فيها بشرط أن تفيد هذه الشهادة أن الشخص مولود هناك . قارن Arminjon السابق الإشارة اليه ١٤٤ .

(٢) ١٢ مارس ١٩١٨ م . ت . م . ٣٠ . ٢٧٥ الذى يقرر أن الشهادة القنصلية مجرد سند Titre فى اثبات الجنسية وليست حكما قاطعا . قارن مسينا . ٢ . ٢٩٦ ولكي تهدم الشهادة القنصلية القرينة فى المادة ٢٢ يجب أن يكون القيد فى القنصلية قد تم بناء على سبب صحيح معتبر كالبنوة من أب كان مقيدا هو أيضا فيها بناء على سبب يعتمد والا عمل بالقرينة السالفة اذا لم تكن حالة الشخص الظاهرة تنبئ عكس ذلك .

(٣) ولا يكفي فى العادة مجرد تقديم جواز سفر passeport أو تذكرة اقامة permis de séjour كقرينة لاثبات الجنسية كما أنه لا تكفى أيضا شهادة صادرة من القنصل بصفته الشخصية ولكنه يشترط أن تكون الشهادة مصدقا عليها من وزارة الداخلية légalisé ولا داعى للتصديق عليها من وزارة الخارجية .

(٤) قارن Arminjon السابق الإشارة اليه ١٤٣ وما بعدها .

اختصاص المحكمة في حدود القضية المطروحة أمامها . ومع ذلك فهناك بعض أحكام مختاطة حديثة تقرر أن فصلها في مسائل الجنسية يحوز قوة الشيء المحكوم فيه بالنسبة لجميع الناس *erga omnes* . وفي رأينا أن هذا القضاء شارد لأن الحكم بالجنسية ان هو الا حكم كاشف لا منشيء^(١) وبخاصة اذا علمنا أن الرأي الذي عليه الاجماع في فرنسا بين الشراح^(٢) والمحاكم يقول بعكس ذلك ، رغم أن النيابة العمومية^(٣) ممثلة في القضايا التي يدور فيها البحث في مسائل الجنسية .

وعلى أية الأحوال فمن المقرر أن الهيئات القضائية المختلفة في مصر لا ترتبط بأحكام بعضها البعض في مسائل الجنسية ، مما يترتب عليه في غالب الأحيان أن يتمتع الشخص بعدة جنسيات داخل بلد واحد . وتختلف هذه الجنسيات باختلاف الهيئات القضائية وأحكامها . ولا شك في أن هذه الحال سيئة ولا يحسن السكوت عليها محافظة على مصالح الناس ومعاملاتهم . وهذه النتيجة ضمن النتائج الضارة لتعدد جهات الاختصاص في مصر^(٤) .

٤٨١ — وفي كل ما أسلفناه ، افترضنا أن وزير الداخلية قد أعطى الشهادة لأنه رأى الأدلة كافية ، ولكننا لم نتعرض لبيان هذه الأدلة ، فما هي ؟ ومعرفة هذه الأدلة من الأهمية بمكان ، لأنه كما يصح الاحتجاج بها لدى وزير الداخلية يصح أيضا الركون اليها في مناسبات أخرى مختلفة أمام الهيئات

(١) حتى يمكن تشبيهه بالأحكام الأخرى المتعلقة بالحالة اذ كانت تعتبر حجة في مواجهة جميع الناس فيما مضى وقد عدل الآن عن هذا الرأي راجع كتاب مسينا ٣٥٠٢ وما بعدها .

(٢) ويقول Valéry برأى مخالف ولكن رأيه مهجور . ٣٣٤ . وحجته الأساسية وجود النيابة العمومية ممثلة في الدعوى ، وأنه يكون مخالفا للنظام العام العودة لبحث النزاع من جديد .

(٣) أي أنها تقوم بذلك مقام الغير في الدعوى .

(٤) ولا سبيل للقضاء عليها الا بتوحيد جهات الاختصاص أو على الأقل انشاء محكمة عليا لحل النزاع بشأنه .

الحكومية الأخرى . وتحديد هذه الأدلة من الصعوبة بمكان ، وبخاصة اذا كان هذا الشخص يريد اثبات جنسيته عن طريق النسب ، اذ يجب عليه أن يثبت أن أباه كان متمتعاً بالجنسية المصرية وهكذا دواليك ، فيصعب في الواقع الوقوف عند نقطة معينة في هذه السلسلة الطويلة . ومن الملاحظ أن الاثبات هنا شبيه جداً باثبات الملكية العقارية ، فكما أننا التجأنا هنالك الى التقادم المكسب (وضع اليد) لاثبات الملكية بطريقة مطلقة ، فيجب علينا أن نبحث هنا عن طريقة مشابهة مؤدية الى نفس الغرض ، فما هي هذه الطريقة ؟ في الواقع أن طريقة الاثبات تختلف باختلاف التشريعات ، ففي البلاد التي تعتمد تشريعاتها على حق الاقليم ، بصفة أصلية ، في فرض الجنسية ، تسهل طريقة الاثبات اذ يكفي تقديم شهادتي ميلاد الابن والأب ، وهاتان الشهادتان تحددان محل الميلاد فيؤخذ بهما وبذلك تزول أغلب الصعوبات . وفي هذا ما يفسر لنا السر في غياب نصوص متعلقة باثبات الجنسية في هذه التشريعات . أما في البلاد التي تعتمد تشريعاتها بصفة أصلية على حق الدم ، كما هي الحال في مصر ، فإن طريقة الاثبات تصعب . على أنه يخفف من هذه الصعوبة الالتجاء الى تطبيق المادة الأولى من قانون الجنسية ، وكذلك الى المادة ٣/٦ و ٤^(١) ، أما فيما عدا هذه الأحوال فيصعب الاتيان بدليل مطلق ، ولذلك سارت المحاكم المختلطة على اعتبار الحالة الظاهرة possession d'état دليلاً كافياً عند عدم وجود دليل آخر . والحالة الظاهرة ان هي الا فكرة وضع اليد كما تظهر في مسائل الجنسية . فمن كانت حالة أييه أو حالته الظاهرة تفيد أنه مصري أو أجنبي فانه يعتبر مصرياً أو أجنبياً على حسب الأحوال . وتتكون الحالة الظاهرة من عناصر ثلاثة ، وهي الاسم nomen والمعاملة tractatus والشهرة fama . فمن يكون اسمه مصرياً ويعامله الناس على اعتبار أنه

(١) وهي الأحوال التي تكتسب فيها الجنسية المصرية الأصلية بناء على حق الاقليم . وأما في أحوال اكتساب الجنسية المصرية الأصلية بناء على حق الدم فواقعة البتة تثبت بشهادة الميلاد على أن يكون الأب مصرياً .

مصرى ويشتهر بينهم على هذا الوصف فهو مصرى كذلك^(١) . هذه هي الوسيطة

(١) وعلى العكس من ذلك اذا كانت الحالة الظاهرة مجتمعة فيها العناصر الثلاثة السابقة تفيد أنه أجنبي فيعامل على هذا الوصف . الا أن المسألة تثير بعض الصعوبة اذا كان هذا الشخص الذى تفيد حالته الظاهرة أنه أجنبي قد ثبت أنه فى الحقيقة مصرى وفقا لأحكام قانون الجنسية المصرى فهل تسقط الجنسية المصرية عنه احتراماً لحالته الظاهرة ؟ هذا ما اختلفت فى شأنه المحاكم ، فمنها ما قضى بأن الحالة الظاهرة لا يمكنها أن تسقط الجنسية المصرية (راجع ١٧ مايو ١٨٩٨ م . ت . م . ١٠ . ٢٧٩) واتبع نفس الحكم أيضا ولو أن هذا العثماني (المصرى) كان قد تنجس بالجنسية الفرنسية دون أخذ الاذن اللازم لذلك من الحكومة المصرية ٢٢ فبراير ١٩٢٢ م . ت . م . ٢٤ . ١٥٣ . وهذا القضاء سليم فى مؤداه لأن الجنسية علاقة بين الشخص والدولة ينظمها القانون العام فلا يسوغ للفرد أن يغير منها وفقا لرغبته وحده دون الاعتداد بقانون الدولة التابع لها وأخذا فقط بقانون دولته الجديدة الا أنه اذا كان الشخص الذى غير جنسيته ينتسب فى الأصل لدولة أجنبية فيؤخذ بأحكام قانون هذه الدولة الأجنبية لمعرفة ما اذا كان التغيير الحاصل مشروعا أو لا .

وجرى بعض الأحكام الأخرى على احترام الحالة الظاهرة ، أى أنها تسقط الجنسية المصرية عن الشخص حتى لو كان هناك تراض بين الحكومة المصرية والحكومة الأجنبية على أن يظل الشخص مصريا (راجع ٥ فبراير ١٩١٨ م . ت . م . ٣٠ . ٢٠٤) ويؤخذ بهذا الرأي من باب أولى لو أن الحكومة المصرية كانت قد عاملت هذا الشخص باعتبار أنه أجنبي (راجع ١ ابريل ١٩٢١ م . ت . م . ٣٣ . ٢٧٣ وكذلك ٧ يونيه ١٩٢٣ . جازيت ١٣ . ٢٠١) . وأساس الأخذ بهذا الرأي الرغبة فى المحافظة على الطمأنينة فى المعاملات ، ولكن يترتب على الأخذ به سقوط الجنسية المصرية بمضى المدة وبوضع اليد على جنسية أجنبية (قارن ٣ يونيه ١٩٢٤ م . ت . م . ٣٦ . ٤١٤ وكذلك ٢٨ ابريل ١٩٢٥ م . ت . م . ٣٧ . ٣٦٦) .

على أن بعض الأحكام الحديثة أجاز اثبات الجنسية الأصلية وهدم القرينة القضائية *presumptio juris* التى تعتمد على القرينة الظاهرة ١٢ مايو ١٩٢٥ م . ت . م . ٣٧ . ٤١٩ وراجع أيضا ١٥ ديسمبر ١٩٢٥ م . ت . م . ٣٨ . ١٢٥ حيث نجد تطبيقا لفقد الجنسية الأجنبية الأصلية بالحالة الظاهرة . وقارن بحث Martin « فى كتاب الجنسية » السابق الإشارة اليه ٣٣١ — ٣٤١ . ومع ذلك فقد حكم فى قضية « سلامة » ١٣ فبراير ١٩٣٤ جازيت . ٣٤ . ١٦٥ أنه يؤخذ بالحالة الظاهرة لا كتساب الجنسية الأجنبية ولو كان الجد الأصلي قد اكتسبها عن طريق القيد غشا فى قنصلية أجنبية ، وعلى ذلك لا تصح المنازعة فيما بعد من جانب الأفراد بدعوى أن الشخص مصرى وأنه يعلم بمحصول الغش فى القيد . ومعنى ذلك أن الحالة الظاهرة تزيل الغش الحاصل وتثبت الجنسية الأجنبية .

الرئيسية لاثبات الجنسية وقد قررها صراحة التشريع البايجيكي الصادر سنة ١٩٢٦
اذ عول كثيرا على حق الدم ، لذلك لم يجد مناصا من تقرير هذه الوسيلة في
تشريعه بنص خاص ^(١) .

وكل ما تقدم لا ينفي مطلقا جواز تقديم أوراق أخرى كتقديم شهادة
باستعمال حق الانتخاب . أو سبق التوظيف في خدمة الحكومة ، وتصلح هذه
الأوراق كقرائن في الاثبات متروك تقديرها للمحاكم .

فاذا امتنع وزير الداخلية بغير حق عن اعطاء الشهادة لمستحقها ، جازت
مقاضاته أمام المحاكم لدفع التعويض الناجم عن عدم اعتبار الطالب مصريا ، رغم
استيفائه لكل الشروط القانونية التي تبيح له التمتع بالجنسية المصرية ^(٢) ، كما أنه
يجوز التظلم من قراره أمام السلطات المختصة ^(٣) .

٤٨٢ — على أن هناك أحوالا أخرى يسهل فيها اثبات الجنسية المصرية ،
وهي أحوال التجنس وما يلحق بها وقد ذكرت في المواد ٣ ، ٤ ، ٧ ، ٨ ، ١٤ ،
١٦ ، وكذلك الأحوال التي تنظم فيها جنسية الأفراد بموجب معاهدة عقدتها
مصر مع دولة أجنبية ^(٤) .

(ح) تنازع القوانين في مسائل الجنسية

٤٨٣ — رأينا فيما تقدم أنه لا يمكن اعتبار شخص مصريا الا وفقا
لأحكام قانون الجنسية المصري الصادر في سنة ١٩٢٩ ولكن مع ذلك فقد
يحدث عملا أن الشخص يعتبر مصريا وفقا لأحكام القانون المصري السالف

(١) انظر نص المادة ٢٣ منه ومؤلف Pouillet نبذة ٥١ هذا مع ملاحظة أن القانون
الفرنسي الصادر في سنة ١٩٢٧ لم يتعرض لمسألة اثبات الجنسية ، وإنما يجيزون في فرنسا رفع
دعوى الجنسية بصفة أصلية في مواجهة النيابة العمومية . قارن بحث Ansel المنشور في مجلة
القانون الدولي الخاص ١٩٣٢ . ٤٣٢ وما بعدها .

(٢) انظر قضية الست جاويدان السابق الاشارة اليها .

(٣) والمقصود بذلك مجلس الوزراء أو رئيس الدولة وفقا لأحكام الدستور .

(٤) انظر ١٧ ديسمبر ١٩٠٢ م . ت . م . ١٥ . ١٥ وكذلك ٢٧ مايو ١٩٠٨ .

م . ت . م . ٢٠ . ٢٥٩ وقد فسرا وطبقا اتفاقات دولية . قارن قبله ٦٦ — ٦٧ .

ويعتبر أجنبيا في الوقت نفسه وفقا لقانون أجنبي آخر ، كما اذا ولد لمصري ولد في بلد يأخذ بمذهب حق الاقليم كأساس لا اكتساب الجنسية الأصلية . فهذا الولد يصبح مصريا بفضل النسب وأجنبيا بفضل الاقليم^(١) . وظاهر أن التنازع بين الجنسيين هنا هو تنازع ايجابي .

ومن الجهة الأخرى يحصل أحيانا أن يترتب على تطبيق أحكام القانون المصري مع غيره من القوانين الأجنبية أن شخصا معيناً يصبح بلا جنسية ، كمن أسقطت عنه الجنسية المصرية لتوظيفه لدى حكومة أجنبية مع أنه لم يكتسب مع ذلك جنسيتها وفقا لقانونها ، فمثل هذا الشخص يصبح مجردا عن الجنسية . وظاهر أن التنازع هنا سلبي .

٤٨٤ — ومن السهل أن نتصور وجود أمثلة كثيرة لهذين النوعين من

(١) ويحصل ذلك عملا اذا كان الولد قد ولد في إحدى جمهوريات أمريكا الجنوبية فهل يحق له اذا أتى الى مصر بعد ذلك أن يتمسك بجنسيته الأرجنتينية (مثلا) دون جنسيته المصرية . كما أنه يصبح أن يتجنس أجنبي بالجنسية المصرية وفقا لأحكام المواد ٧ و ٨ و ٩ دون أن يتخلص من التزاماته أمام دولته الأصلية وفقا لأحكام قانونها ، فهل يحق لهذه الدولة وان كانت ممتازة أن تدعى ببقاء جنسيته الأصلية فتصدر عليه حكما قنصليا ؟ ومن جهة أخرى اذا كان المصري قد تنسج بجنسية أجنبية دون أخذ اذن من الحكومة المصرية فهل يصبح له أن يتمسك بجنسيته الأجنبية وبزوال الجنسية المصرية أو يتمتع بالجنسيتين في وقت واحد ؟ في جميع هذه الصور نجد أن التنازع بين الجنسيين ايجابي *Conflit positif* . قارن ارمنجون . المرجع السابق ١٥٩ وما بعدها . وسنرى أنه في جميع هذه الأحوال يجب أن تسود الجنسية المصرية في اقليمها فاذا كان الشخص المذكور في الفروض السابقة موجودا في مصر فيجب اعتباره مصريا من جانب جميع الهيئات القضائية والادارية . قارن *Cogordan* السابق الاشارة اليه ٦٨٦ و Weiss ١ . ٦٨٦ . والحكمة في ذلك أن قانون الجنسية المصرية لا يتعرض للمعاهدات الخاصة بالامتيازات ، والفروض في هذه الأخيرة أنها مقررّة لنظام استثنائي فلا يمكن التوسع فيه الى حد انكار سلطة الدولة على رعاياها الأصليين وان تمكنوا من اكتساب جنسية أجنبية . وانظر أيضا Zaballos . ٣ . ٥٤٤ — ٥٦٩ وكذلك رسالة Edouard De Germigny في «التنازع بين الجنسيات» باريس ١٩١٦ ودروس Lévy-Ullmann . الدكتوراه ١٩٢٣ — ١٩٢٤ . ١٩ وما بعدها ويبحث Maurice Gégout المنشور « في كتاب الجنسية » السابق الاشارة اليه ٣٠٧ — ٣٢٩ .

التنازع اذا وقفنا على أسبابها . ومن أهم هذه الأسباب أن تتبع إحدى دولتين ، بصفة مطلقة ، حق الدم وتتبع الأخرى حق الاقليم كأساس لاكتساب الجنسية الأصلية . فإذا كانت دولة « أ » قد أخذت بحق الدم فقط . فانه اذا ولد ولد لأحد رعاياها على أراضى دولة « ب » التى اتبعت حق الاقليم فقط فان هذا الولد يصبح وله جنسيتان . وعلى العكس من ذلك اذا ولد لأحد رعايا دولة « ب » ولد على أراضى دولة « أ » فان هذا الولد يصبح بلا جنسية . والواقع أن التنازع بين الجنسيات أمر كثير الحصول نظرا لاختلاف شروط التجنس واكتساب الجنسية بطريق الزواج . . الخ .

٤٨٥ — والتنازع بين الجنسيات قديم^(١) ، ولقد حاولت الدول تفاديها عن طريق عقد الاتفاقات^(٢) ، فنجحت الدول الأمريكية فى سن بعض قواعد منظمة بشأنه فى مجموعة Bustamante سنة ١٩٢٨ . كما عقدت الدول الأوروبية مؤتمرا فى لاهاى سنة ١٩٣٠ انتهى بوضع اتفاق سألشرح قواعده الأساسية حالا . وبجانب هذه الاتفاقات الجمعية توجد أيضا الاتفاقات الثنائية التى عقدتها مصر مع بعض الدول الأجنبية . على أنه رغم الاتفاقات السالفة فإن أحوال التنازع بين الجنسيات كثيرة . وآية ذلك ما تحويه مجالات الأحكام فى مصر من صورها المختلفة^(٣) .

٤٨٦ — فاذا وقع تنازع بين الجنسيات ورفع أمره الى القضاء وجب عليه الفصل فيه ، ولكنه وفقا لأى قواعد ؟ من المقرر هنا وجوب التمييز

(١) وكما ينصرف التنازع للأشخاص الذاتيين ينصرف أيضا للأشخاص المعنويين انظر بعده . على أن التنازع السالف فى شكله الهام ظهر فى القرن التاسع عشر .

(٢) وعلة ذلك أنه ثبت جليا صعوبة القضاء عليه عن طريق التشريعات الوطنية وحدها بأن يستلزم مثلا من الأجنبي طالب التجنس أن يتنازل عن جنسيته القديمة صراحة ، أو لمن اكتسب جنسيتين أن يختار احدهما بموجب اقرار صريح منه . فكل الوسائل الواقية من التنازع لم تفلح فى العمل ، ولذا كان من الأوفق الركون الى طريق الاتفاقات الدولية .

(٣) راجع Messina . ١ . ٣٥٢ وما بعدها .

بين التنازع الايجابي والتنازع السلبي وسنبحث كل حالة على حدة .

١ — حالة التنازع الايجابي : اذا كان التنازع ايجابيا ، فاما أن يعرض التنازع أمام محكمة في مصر أو محكمة في الخارج سواء كانت محكمة دولية أو محكمة دولة ثالثة ^(١) . فاذا عرض النزاع أمام محكمة في مصر سواء كانت هذه المحكمة مصرية بحتة (أهلية) أو مختلطة أو قنصلية ^(٢) وكانت الجنسية المصرية احدى الجنسيات المتنازعة وجب عليها أن تطبق قانون الجنسية المصري . وهذا المبدأ متفق عليه لأنه يجب أن تسود جنسية الاقليم فيه ^(٣) ، وقد اتبع هذا المبدأ في مؤتمر لاهاى سنة ١٩٣٠ (المادة الثالثة من الاتفاقية) .

هذا وقد جرت المحاكم المختلطة في أول الأمر على ايقاف الفصل في النزاع الأصلي الى حين الفصل في مسألة الجنسية ، وذلك بدعوى أن التنازع هنا سياسى ولكنها عدلت عن هذا الرأى فى الكثير من أحكامها لادراكها بعد ذلك أن النزاع لا يكون سياسيا الا اذا كان بين حكومتين أما هنا فالنزاع بين أفراد ^(٤) .

(١) أو أمام محكمين يجلسون في الخارج .

(٢) وذلك لأن المحاكم القنصلية إنما تباشر سلطاتها بناء على تفويض من الحاكم الشرعى في البلاد .

(٣) انظر Weiss . ١ . ٣٠٥ و Cogordan . ٤٧٤ وقد اعترض على الرأى بدعوى أن الجنسية ليست دأمة بل يصح تغييرها ، وأن من الأولى الركون الى الجنسية الفعلية التى عاش الشخص فى كنفها . انظر رسالة De Germiny السابق الاشارة اليها ٢٨٠ ولكن الراجع هو اتباع الرأى الوارد فى الصلب لأنه لا يمكن للقاضى الوطنى أن يخالف أحكام شريعته الأساسية فى مسألة داخلية فى نطاق القانون العام وتتصل كثيرا بالنظام العام فى الدولة . وقد أيد الأستاذ Arminjon الأخذ بهذا الرأى فى مصر ١٦٩ — ١٧١ وراجع أبو هيف بك ١٣٤ — ١٣٥ حيث يقرر أن القناصل إنما يستعملون سلطاتهم فى البلاد العثمانية بمقتضى تسامح من السلطة المحلية ولذلك يجب عليهم أن يحترموا قوانين تلك السلطة ما دامت لا تتعارض مع امتيازاتهم . قارن بما سبق أن قلناه بشأن مسلك المحاكم المختلطة بشأن الحالة الظاهرة .

(٤) واعتبرت المحاكم المختلطة أن النزاع يعتبر سياسيا اذا كان حاصل بين حكومات أى أن الحكومة تؤيد مصرية أحد طرفى النزاع بينما تدعى احدى القنصليات بأنه ضمن رعاياها (١٨ أبريل ١٩٠٩ م . ت . م . ٢١ . ٢٩٤) أما بالنسبة لتقرير ايقاف أولا فان قضاءها =

وكذلك دفع أمام هذه المحاكم بعدم اختصاصها بنظر مسائل الجنسية. لأن الجنسية متعلقة بالأحوال الشخصية وليس للمحاكم المختلطة أن تحكم في هذه المسائل ، وهذا الدفع مردود بأن الجنسية وإن تعلقت بالحالة إلا أنها ليست متعلقة بالأحوال العائلية *status familie* التي يقصدها المشرع المصري . كما أن الجنسية في

== مختلف ، فيرى بعض المحاكم ضرورة الإيقاف حين حل النزاع بالطرق السياسية (١٢ مايو ١٩٢٥ . م . ت . م . ٣٧ . ٤١٩) وقضى هذا الحكم بأن الاتفاق بين الحكومتين قاطع للنزاع وفاصل فيه . ولكن مع ذلك فمن أنصار الإيقاف من يرى ادخال بعض قيود عليه وذلك عن طريق تحديد مدة للفصل في النزاع بالطرق السياسية حتى إذا انقضت استرد القضاء حقه في الفصل فيه ، كما أنه لا محل للإيقاف في حالات الاستعجال أو في المائل الوقتية كل هذا إذا كان النزاع السياسي ظاهرا والا لا يؤخذ بالحلول السابقة إذا كان الأمر لم يتجاوز المحادثات السياسية العادية (انظر ١١ فبراير ١٩٠٣ . م . ت . م . ١٥ . ١٤٢) . وقد حكم تطبيقا على ذلك أن العمادة الصادرة من الحكومة المصرية والتي ورد فيها أن شخصا معينا معروف أنه مصري لا تفيد وجود النزاع السياسي (انظر ٨ أبريل ١٩٠٩ . م . ت . م . ٢١ . ٢٩٤ السابق الإشارة إليه) . ولا شك أنه في حالة عدم اتفاق الحكومتين لا بد من الفصل في مسألة الجنسية بالطريق القضائي (انظر ٨ مارس ١٩٢٧ . م . ت . م . ٣٩ . ٣١١) .

ويرى البعض الآخر من الأحكام أن لا محل للإيقاف وحجته أن مسألة الجنسية مسألة فرعية يتوقف على الفصل فيها القضاء في مسائل الحالة والأهلية وهي من اختصاص القضاء العادي ، ولا يوجد هناك نص مانع للمحاكم من الفصل في النزاع بين الجنسيات وبخاصة لأن الإيقاف قد يترتب عليه في بعض الأحيان انكار للعدالة (انظر ١١ يونيو ١٩١٣ . م . ت . م . ٢٥ . ٤٤٣) .

وقد اختلف على قيمة الاتفاق السياسي لحل تنازع الجنسية ، فقيل انه قاطع في النزاع ، وقيل أنه مجرد قرينة يصبح أن يأخذ بها القضاء (٢٥ فبراير ١٩١٤ . م . ت . م . ٢٦ . ٢٤٨ و ٢١ يناير ١٩٢٥ . جازيت . ١٦ . ١٥٣) .

ويرى الأستاذ Messina وجوب التفرقة بين الاتفاقات الكاشفة للجنسية فلا تعتبر حجة مطلقة بما قرره بخلاف الاتفاقات المنشئة للجنسية وهي التي تنظم جنسية السكان في البلاد المنضبة (اتفاقية جنوب) فأنها تكون ملزمة بما قضت به .

ويلاحظ أن من مقتضى الرأي الذي يبيح للقضاء عدم التقيد بالاتفاق الحاصل بين الحكومتين الاعتراف للفرد بحق شخصي في جنسيته . قارن قبله . ٤٦٦ .

مصر هي الأساس الذي يرجع اليه في توزيع اختصاص الهيئات القضائية ومنها محاكم الأحوال الشخصية ، فلكي تعتبر هذه المحاكم نفسها مختصة بنظر نزاع معين يجب عليها أن تتأكد أولا من جنسية الطرفين وأن تفصل في مسألة الجنسية اذا وجد نزاع بشأنها^(١) . أما اذا كان النزاع منصبا بصفة أصلية على مسألة من مسائل الجنسية فيرى البعض أنه ليس من الممكن رفعه أمام محاكم الأحوال الشخصية بل يجب رفعه أمام المحاكم المختلطة وحدها لأنها هي المختصة بنظره دون غيرها^(٢) وعلى أية الأحوال فان مجالات الأحكام خالية ، بحسب ما نعلم ، من أى حكم في هذا الشأن .

أما اذا عرض هذا التنازع أمام محكمة أجنبية أو دولية فمن المتعارف عليه في هذا الصدد أن تعتمد هذه المحاكم الجنسية الفعلية^(٣) لهذا الشخص ، أى الجنسية التي عاش في كنفها ، كما اذا كان قد استعمل حقوقه السياسية باضطراد في إحدى الدولتين دون الأخرى ، فان ذلك ينهض دليلا على تفضيله تلك الجنسية وتعلقه بها . وعلى هذا يكون التقدير هنا موضوعيا موكولا لفطنة القضاء ، ومرجعه عوامل متعددة كالتوظيف ، والتوطن ، والخدمة العسكرية . والرأى الذى يقول بالجنسية الفعلية هو رأى وسط بين آراء أخرى متعددة ، اذ قال

(١) قاتمت المحاكم المختلطة الى أن الجنسية ليست ضمن المسائل الوارد بشأنها الايقاف في المادة ٤ . م . م . (١٢ مايو ١٩٢٥ . م . م . ت . م . ٣٧ . ١٩٩٠ . وكذلك ١٥ ديسمبر ١٩٢٥ . م . م . ت . م . ٣٨ . ١٢٦) .

(٢) ويظهر أن لنظرية الصالح المختلط هنا دخلا . قارن Messina . المرجع السابق .

(٣) ويرى آخرون ترتيب الآثار المناسبة لكل من الجنسيين ! ! كما اقترح اتباع مقتضيات السياسة ولكن يظهر أن الراجع هنا أيضا هو اتباع مبدأ الجنسية الفعلية *la nationalité vécue ou de fait* . وهذا ما قرره اتفاقية لاهاي ١٩٣٠ في المادة الخامسة . فالسألة موضوعية محلها الوقائع التي يعتمد عليها في ترجيح إحدى الجنسيين على الأخرى . قارن بحث Gégout السابق الاشارة اليه ٣٢٦ — ٣٢٨ . وقارن مع ذلك Weiss . ١ . ٣٢٧ و Pillet . ١ . نبذة ١٢٦ .

البعض بضرورة امتناع محكمة الدولة الثالثة عن الحكم ، وترك الأمر للدولتين فتحله بالطرق السياسية . وقال آخرون بالركون الى ارادة الشخص نفسه واختياره الصريح ^(١) ، على أنه في الأحوال التي رفع فيها النزاع أمام محكمة دولية اتبع مبدأ الجنسية الفعلية كما حصل ذلك في حكم محكمة التحكيم بلاهاى في قضية شهيرة تعرف باسم قضية Canavero . وتتلخص ظروف هذه القضية في أن شخصا يدعى روفائيل كانافرو ولد في پيرو من والد ايطالى ، فوفقا لتشريع پيرو ، الذى يتبع مذهب حق الاقليم ، يكتسب هذا الشخص الجنسية البيرونية ومع ذلك فانه يعتبر ايطاليا وفقا للتشريع الايطالى الذى يتبع مذهب حق الدم ، فعند ما حصل النزاع بشأن جنسيته بين الحكومتين ، وكان ذلك بمناسبة ضريبة أرادت حكومة پيرو تحصيلها من Canavero ، استعان هذا الأخير بالحكومة الايطالية للتمسك به كأجنبي كى يتهرب من بعض الالتزامات المالية ، فرفع الأمر الى محكمة التحكيم التى اعتبرته بيرونيا لأنه مارس حقوقه السياسية في پيرو اذ رشح عضوا في مجلس شيوخها ^(٢) .

والنزاع السالف حاصل بين جنسيتين أصليتين ومع ذلك من المتصور أن يقوم النزاع بين جنسية سابقة وأخرى مكتسبة عن طريق التجنس ، كما حصل ذلك في قضية الأميرة de Bauffremont اذ كانت فرنسية ثم تجنست بجنسية احدى

(١) والحكم صادر في ٣ مايو ١٩١٢ ومنشور في المجلة مع تعليق الأستاذ De Lapradelle ١٩١٢ . ٣٣١ وما بعدها . وظهر أن في اتباع القضاة الدوليين لمذهب الجنسية الفعلية *nationalité effective* لتحديد الجنسية التى يجب أن يتصف بها هذا الشخص المختلط الجنسية *Sujet mixte* ، بخلاف ظاهرة لما يتبعه القضاة الوطنيون في حل هذا النوع من النزاع . وحكمة الاختلاف ظاهرة في أن القضاة الدوليين غير مقيدين بما يتبعه القضاة الوطنيون . قارن بحث Gégout السابق الاشارة اليه ٣٢٤ وكذلك رسالة De Germiny السابق الاشارة اليها ٢٨٤ — ٣٠٣ .

(٢) وكان قنصلا للبلاد الواطئة فيها بعد طلبه ترخيصا من حكومة پيرو . وقد اتبع مبدأ الجنسية الفعلية أيضا في قضية السيدة Montfort . وقد صدر الحكم من محكمة التحكيم المختلطة الفرنسية الألمانية في ١٠ يولييه ١٩٢٦ . سبى ١٩٢٨ . ٢ . ٤٩ .

الولايات الألمانية كي تحصل على طلاقها من زوجها رغبة في زواجها من أمير روماني يدعى Bibesco . فلما عرض التنازع بين الجنسيتين الفرنسية والألمانية على محاكم بلجيكا ، لم تطبق الأخيرة مبدأ الجنسية الفعلية اذ رأت أن تطبيقه مقيد بأن يكون اكتساب الجنسية اللاحقة قد تم لمصلحة شخص أهل لا اكتسابها حسب قانون أحواله الشخصية الأصلي . ولما كان القانون الفرنسي يقول بنقص أهلية المرأة المتزوجة ، كان من الضروري أن تحصل على إذن من زوجها ، ولذلك قضى في النهاية باعتبارها فرنسية ^(١) .

ويظهر أن الشك قد أخذ يتطرق الى مبدأ الجنسية الفعلية ؛ وأشار الى ذلك حكم محكمة التحكيم الدولية بين مصر والولايات المتحدة بمناسبة قضية جورج سالم ^(٢) ، اذ تمسكت به كل من الدولتين كأحد رعاياها ودفع محامي الحكومة المصرية بمبدأ الجنسية الفعلية تأييدا لادعائها بأن « سالم » إيراني ولكن رفضت المحكمة الأخذ بهذا المبدأ ورجعت الى مؤلف E. Borchard, The diplomatic protection of Citizens abroad. P. 888. ومع ذلك فان هذا المبدأ قد صادف نجاحا كبيرا أمام المحاكم المختلطة في مصر ، كما أيده الأستاذ Arminjon في كتاباته .

ب — حالة التنازع السلبي : وقد يبدو غريبا بحث هذه الحالة وحلها ما دام الحاصل أنه لا يوجد تنازع فعلي بين القوانين ، اذ المفروض أن كلا منها ليس له مصلحة في اعتبار شخص معين ضمن رعاياه . فهناك شخص عديم الجنسية لسبب ما ، كما لو كانت له جنسية اقليم معين ثم أسقطت عنه أو فقدتها

(١) أي أن ناقصي الأهلية لا يجوز لهم الانتفاع من مبدأ الجنسية الفعلية . ولكن ألا يمكن القول بأن إذن الزوج هنا مسألة متعلقة بالأهلية الخاصة دون الأهلية المتعلقة بالقانون العام ؟

(٢) والحكم منشور في مجلة القانون الدولي ١٩٣٣ . ٧٨٧ — ٧٩٤ ومقال Arminjon في المجلة ١٩٣٣ . ٧٨٥ .

اسبب من الأسباب أو لم يتمتع منذ ولادته بجنسية مطلقا^(١) . فاذا عرض أمر هذا الشخص على القاضى الوطنى فماذا يفعل ؟ لا جدال فى أنه اذا طبق القاضى قانونه الوطنى ، فان هذا القانون لن يسمح باعتبار هذا الشخص ضمن المواطنين وكذلك تكون الحال اذا ما طبق قانونا أجنبيا يمكن أن يدعى الشخص الالتجاء اليه فان هذا القانون يتخلى عنه ، فلا يمكن للقاضى الوطنى أن يعتبر لهذا الشخص جنسية أجنبية معينة . فكيف يقضى فى علائق هذا الشخص وعلى الأخص ما تعلق منها بالأحوال الشخصية^(٢) ؟

لا شك أنه لا يمكن هنا القول باخضاع الحالة الشخصية لحكم قانون الجنسية ما دام هذا القانون غير معروف ، ولذا جرى العرف فى أغلب الدول المتمدينة على تطبيق قانون الوطن حتى اذا انعدم طبق قانون محل الإقامة المعتاد . ويظهر أن العلة فى القول بأحد هذين القانونين ترجع الى أنه توجد هنالك علاقة

(١) كأولاد الروس البيض والمهاجرين الأرمن . هذا اذا لم يكتسبوا جنسية الأقليم الذى يولدون فيه وهو ما يحصل غالبا . وعلى العموم ، فانه معترف الآن بحالة اللاجنسية باعتبار أنها حالة شرعية *statut légal* . وقد كثر عدد من لا جنسية لهم على أثر تطبيق معاهدات الصلح الأخيرة . راجع موسوعة القانون الدولى . ٨ . كلمة *Heimatlosat* ورسالة *André Colanéri* فى حالة عديمى الجنسية . باريس ١٩٣٢ . ٢٥ — ٦٩ . والواقع أن هؤلاء الأشخاص فى مركز سيئ رغم عدم تحملهم بأعباء الخدمة العسكرية ، اذ تسرى فى مواجهاتهم جميع الاجراءات الأخرى الخاصة بالابعاد والترحيل ، والضرائب علاوة على المضايقات الخاصة بمعرفة القانون الذى يحكم أحوالهم الشخصية على وجه الضبط . وقد صدر عدة تشريعات فى فرنسا لتنظيم حالة هؤلاء الأشخاص . أما فى مصر فيظهر أن الحاجة ليست ماسة لمثل هذه التشريعات الخاصة ولو أن المسألة قد أثارت بعض صعوبات فى العمل . قارن رسالة *Colanéri* . ٧١ . وما بعدها . ولما كان لا مناص من وجود حالة اللاجنسية فكل ما يمكن عمله فى هذا الصدد هو محاولة حصر هذه الحالات فى أقل عدد ممكن ، هذا من جهة ومن جهة أخرى تنظيم المركز القانونى لهؤلاء الأشخاص وبخاصة من يستقر منهم فى بلد معين .

(٢) على أنه اذا عرضت هذه المسألة أمام قاض دولى فانه لا يتقيد بالنصوص الوطنية بل يصح أن يعتبر أن لهذا الشخص الجنسية التى عاش فى ظلها . قارن مقال *Gégout* السابق الإشارة اليه ٣٢١ .

فعلية بين الأشخاص عديمى الجنسية والجهة التى يتوطنون أو يقيمون فيها ، وأنه لا بد من ترتب آثار على هذه العلاقة .

وإذا ما أردنا أن نأخذ بالحل السابق فى مصر نجد أنفسنا أمام صعوبة جدية بالاعتبار ومؤداها أنه لا يوجد لدينا قانون واحد فى مسائل الأحوال الشخصية . ولكن يظهر أن هذه الصعوبة قد ذلت بفضل المرسوم بقانون رقم ٤٠ لسنة ١٩٣٦ (المادة ١٦ منه ^(١)) الصادر فى غيبة البرلمان .

ومن المسائل الجديرة بالبحث هنا لتعلقها بالتنازع السلبى ، معرفة حدود العلاقة التى يمكن أن توجد بين هذا النوع من التنازع والقرينة الواردة فى المادة ٢٢ من قانون الجنسية المصرى ومؤداها كما رأينا أن كل شخص يسكن الأراضى المصرية يعتبر مصرىا . فلو أخذنا بهذه القرينة على ظاهرها لانتبهنا الى القضاء على كل تنازع سلبى واعتبار هؤلاء الأشخاص فى حكم المصريين ، وعندئذ لا تكون هذه القرينة سلبية كما أوضحنا بل تكون ايجابية يترتب عليها منع الجنسية المصرية حتى لأولئك الأشخاص الذين سحبت منهم أو أسقط حقهم فيها لسبب من الأسباب المذكورة فى القانون . ولا شك فى أن خطورة هذه النتائج وحدها تصلح سببا كافيا لاستبعاد هذا رأى واعتبار أن القرينة الواردة فى المادة ٢٢ بعيدة كل البعد عن التنازع السلبى فى الجنسية ، وأنها مقرررة بقصد الفصل فى جنسية المصريين المشكوك فى انتسابهم الى جنسية أجنبية فيعتبرون ضمن المواطنين فى نظر القانون المصرى ^(٢) فلا يمكن تطبيقها

(١) وهاك نصها « اذا كان النزاع بين مصريين غير مسلمين تطبق المحاكم المصرية القانون الذى سيصدر بعد فى هذا الشأن — اذا كان النزاع بين خصوم غير مصريين تطبق المحاكم قانون الأحوال الشخصية الذى يتبعه الزوجان » فان اختلف الزوجان جنسية أو دينا يطبق قانون الزوج واذا قام النزاع على تركة يطبق قانون حق المورث » . والفقرة الثانية هى الواجبة التطبيق ، ولكن لما كان هؤلاء الأشخاص بلا جنسية يجرى عليهم حكم الفقرة الأولى .

(٢) قارن أرمنجون . المرجع السابق . ١٣٦ حيث أشار الى لائحة ١٧ يوليه ١٨٦٩ الخاصة بتنفيذ القانون العثمانى .

اذن بالنسبة للمصريين الذين ثبت ققدم للجنسية المصرية ولا للأجانب الذين كانوا متمتعين بجنسية أجنبية وثبت ققدم لهذه الجنسية دون اكتسابهم للجنسية المصرية بسبب من الأسباب غير المباشرة المعروفة في القانون المصري . ونذكر بهذه المناسبة أن بعض الدول تجرى على التساهل في منح جنسيتها للأشخاص عديمي الجنسية الذين يقيمون على أراضيها .

ويتبين مما تقدم أن مؤدى حالة التنازع السلبي في الجنسية هو أن يوجد شخص بغير جنسية أصلاً ، ولذا يصعب القول بوجود تنازع بالمعنى الدقيق اذ المفروض أن جميع التشريعات قد تخلت عن هذا الشخص الذى يريد الاحتماء فى احدها سواء أكان هذا التشريع هو تشريع جنسيته الأصلية أم جنسية البلد الذى توطن أو يقيم فيه .

ونطاق الصعوبات السالفة علائق القانون الخاص أما فى علائق القانون العام التى مبناها السيادة والسلطان فان عديمي الجنسية كالأجانب تماماً يخضعون لها ولا محل هنا للاحتواء بجنسية أجنبية زالت أو كانت موجودة ما دامت الدولة صاحبة السلطان لم تتجاوز حقوقها الدولية أو حقوقها المقررة بمقتضى المعاهدات ^(١) . والواقع أن حالة اللاجنسية ذات ضرر شامل بالنسبة لهؤلاء الأشخاص

(١) وقد أثار تطبيق هذه المبادئ بعض الصعوبة فى مصر بالنسبة لوجود الامتيازات الأجنبية اذ حصل أن شخصاً يدعى انطونيو ماجرى (مالى الأصل وانجليزى الجنسية) ارتكب سرقة مع آخرين ، فتخلت عنه القنصلية البريطانية رغم اعترافها بجنسيته الأجنبية أى أنها حرمتها من الآثار المترتبة على جنسيته ، فأمام أية جهة يحاكم هذا الشخص ؟ قضت المحاكم الأهلية بحكمها فى محاكمته (حكم استئناف أهلى ٦ مارس ١٩٠٠) وقد انتقد الأستاذ أرمنجون « المرجع السابق ١٥٠ » هذا الحكم لأن مبناه أن الشخص غير متمتع بالامتيازات الأجنبية . ولو أن هذه الجنسية ما زالت باقية له . وارتأى المرحوم أبو هيف بك الرجوع الى القرينة الواردة فى المادة ٢٢ . وظاهر أنه لا محل لها هنا . وعندنا أن حكم المحكمة صحيح فيما ذهب اليه لأن حرمان هذا الشخص من التمتع بالامتيازات يترتب عليه وجوب تطبيق قانون العقوبات الاقليمى عليه رغم جنسيته الانجليزية لأننا هنا فى نطاق القانون العام ، والقانون المصرى هو الأصل وما عداه استثناء .

وبالنسبة للدول التي يقيمون فيها ، لذلك كان من المصلحة القضاء عليها . ولكن رغم المحاولات التي يقوم بها المشرعون في الداخل ^(١) فإن حلها النهائي إنما هو في الاتفاقات الدولية التي يجب أن تنتهي بتوحيد القواعد الهامة في مسائل الجنسية ^(٢) . ولكن يظهر أن هذا التوحيد متعذر في الوقت الحاضر وسنبين ذلك جليا عند الكلام في نتائج مؤتمر الجنسية الذي انعقد بلاهاي سنة ١٩٣٠ . وقد حاول رجال الفقه من الجهة الأخرى أن يعالجوا حالة اللاجنسية فقال بعضهم بضرورة تطبيق قانون موطن الشخص المختار ؛ وقال آخرون ببقاء الجنسية الأصلية على حالها رغم الاسقاط الحاصل . ولم تتجاوز هذه الآراء مؤلفات أصحابها إذا لم تطبق عملا بصفة عالمية .

(ط) الاتفاقات بشأن الجنسية

٤٨٧ — لما كانت مسائل تنازع الجنسيات على وجهيها الايجابي والسلبي متكررة في العمل ، وينجم عنها عادة متاعب وأضرار كثيرة ، كان من اللازم حلها وعلاجها عن طريق الاتفاقات الدولية ، بعد الفشل في منعها عن طريق التشريعات الداخلية وحدها . وأهم الاتفاقات الجمعية في هذا الصدد الاتفاق الوارد في مجموعة Bustamante سنة ١٩٢٨ . وهذه المجموعة نافذة اليوم في اثنتي عشرة دولة من دول أمريكا الجنوبية ، ولما كانت أهميتها العملية لا تتجاوز الدول الموقعة عليها لذلك نترك تفاصيل ما أوردته ^(٣) .

(١) وقد أشرنا في مواطن متعددة الى مقدار تحيز المشرع المصري ضد هذا المركز .

(٢) على أن هذا التوحيد لا يصلح علاجاً تاماً كما أثبتته العمل .

(٣) والمواد الخاصة بتنازع الجنسيات هي ٩ — ١٥ وقد عني المشرع هنا ببيان التشريع الذي يرجع اليه في حكم الجنسية عند التنازع لا بيان جنسية الفرد مباشرة . كما أنه فرق بين حالي عرض النزاع أمام محاكم إحدى الدول التي تتنازع جنسيتها مع جنسية دولة أخرى أو أمام محكمة دولة ثالثة . راجع دروس Lévy-Ullmann الدكتوراه . ١٩٣٤ . ٣٤ وما بعدها ومؤلف Bustamante نفسه . ١ . ٣٨٤ وما بعدها .

٤٨٨ — وننتقل الآن الى الكلام عن مؤتمر لاهاى الذى عقد تحت اشراف عصبة الأمم فى مارس سنة ١٩٣٠^(١). وقد حضره مندوبو ٤٨ دولة منها مصر. وانتهى هذا المؤتمر الى اتفاق بشأن الجنسية المزدوجة أو بعبارة أخرى بشأن كيفية حل التنازع الايجابى للجنسية. وأضيف الى هذا الاتفاق بروتوكول خاص بتأدية الخدمة العسكرية فى حالة الجنسية المزدوجة كما أنه اتفق على بروتوكولين آخرين بشأن اللاجنسية.

٤٨٩ — ويسبق هذا الاتفاق والبروتوكولات مقدمة طويلة عامة العبارات أريد بها بيان أهمية الاتفاق وضرورة الأخذ بالمبدأ الذى يقول بأن كل شخص لا بد أن يتمتع بجنسية وأن هذه الجنسية واحدة لا تتعدد، والمبدأ الثانى كما هو ظاهر مكمل للمبدأ الأول^(٢).

أما المواد الموضوعية فهى فى مجموعها ٢٣ مادة موزعة على الوجه الآتى : ١٧ صلب الاتفاق ٣ فى بروتوكول الخدمة العسكرية ومادة فى كل من بروتوكولى اللاجنسية ، والمادة الثالثة والعشرون خاصة بالتصديق على الاتفاق .
ومواد الاتفاق موزعة على الوجه الآتى : أما المادة الأولى فتكلمت عن حرية كل دولة فى التشريع فى مسائل الجنسية . وظاهر أن مضمون هذه المادة يهدم كل أمل فى الاتفاق ، لأن أساس هذا الاتفاق هو وجود الاختلافات بين

(١) ولم يعرض شىء جديد أمام هذا المؤتمر اذ ما بحثه من مسائل كان قد قتل بحثاً فى المعاهد الدولية والمؤتمرات السابقة وآخرها مؤتمر استوكهولم ١٩٢٨ . راجع فى الموازنة بين مجموعة Bustamante وما انتهى اليه مؤتمر لاهاى السابق مذكرات Lévy-Ullmann المرجع السابق ٤٤ وما بعدها . مع ملاحظة أن نصوص اتفاقية لاهاى وملحقاتها فى المجلة ١٩٣٠ . ٣٣٧ وما بعدها . وانظر موسوعة القانون الدولى ٩ . ٣٠٨ — ٣١٩ ومقال Van Hutte فى مجلة القانون الدولى والتفريع المقارن الفرنسية ١٩٣١ . ١٠٣ وما بعدها وبحث Kusters فى المجلة ١٩٣٠ . ٤١٣ — ٤٤٣ و ٥٩٩ — ٦٢٠ وبحث Gordon فى كتاب الجنسية السابق الاشارة اليه ١١٤ — ١١٨ .

(٢) أى أنه لا يقصد بالاتفاق وضع تشريع دولى قارن قبله ٦١ ومقال Gordon ١١٤ وموسوعة القانون الدولى تحت كلمة Godification .

التشريعات المختلفة ، وأوردت المادة نفسها قيда على المبدأ فاشتطت عدم مخاتمة الاتفاقات والعادات الدولية وكذلك المبادئ المقر عليها في مسائل الجنسية . وهذا القيد وإن كان صريحا بالنسبة للاتفاقات الدولية إلا أنه غامض في باقيه ولم يتيسر الاتفاق مطلقا على تحديد هذه العادات ولا المبادئ العامة رغم مجهودات اللجنة التي رأسها الأستاذ Basdevant أستاذ القانون الدولي العام بجامعة باريس ومندوب فرنسا في عصبة الأمم . ونظمت المواد ٢ — ٦ حل تنازع الجنسيات^(١) فأخذت بضرورة التفرقة التي تقوم على معرفة ما إذا كان النزاع قد عرض على محكمة أحد القوانين المتنازعة أو محكمة أخرى ففي الحالة الأولى يطبق قانون القاضي ، أما في الحالة الثانية فيؤخذ بالجنسية الفعلية وبخاصة إذا صحبها اختيار صريح من جانب الشخص وتنازل من جهته عن الجنسية أو الجنسيات الأخرى بشروط مخصوصة . وتكلمت المادة ٧ عند الاذن بالجنس وإن نفاذه نهائيا مشروط باكتساب الشخص جنسية جديدة ، وخصصت المواد ٨ — ١٠ لاكتساب المرأة لجنسية زوجها ، فلم تجز ضياع الجنسية الأصلية إلا بعد اكتساب جنسية الزوج ورأينا أن هذا المبدأ قد أخذ به المشرع المصري . وتكلمت المادتان ١١ و ١٢ عن حالة الأولاد القصر فانهم لا يفقدون جنسيتهم الأصلية إلا بعد اكتسابهم لجنسية والدم المتجنس . واعترفت المواد ١٣ — ١٥ بجنسية الاقليم للأولاد اللقطاء ، وأولاد الآباء المجهولين ، أو مجهولي الجنسية أو الذين لا جنسية لهم ، ورأينا أن التشريع المصري أتى مقصورا على النوعين الأولين وأهمل النوعين السائقين . كما أنه قد أتت في المادتين ١٦ و ١٧ أحكام خاصة بالبنوة الطبيعية والتبنى .

وقررت الثلاث مواد الخاصة بروتوكول الخدمة العسكرية أن الشخص

(١) وقد اتبع هذا الاتفاق وسيلقى التوحيد التي أشرنا إليها في ٦١ — ٦٢ من هذا الكتاب .

ملزم بتأدية هذه الخدمة في بلد جنسيته الفعلية ، وله حرية القيام بها في البلد الآخر .

وأما بروتوكول اللاجنسية الأول ، فبمقتضاه تلزم الدولة التي كان الشخص تابعا لها بأن تستلمه فيقيم في اقليمها على أن تدفع مصاريف العناية به ونقله من اقليم الدولة الأخرى ، ولا يكون ذلك الا اذا كان هذا اللاجئ فقيرا ، كما تلزم دولته الأصلية أيضا باستلامه اذا كان قد ارتكب على أرض الدولة الأخرى جريمة حكم عليه من أجلها بالحبس مدة سنة على الأقل . هذا وقد رفضت فرنسا توقيع هذا البروتوكول لأنها ضمن الدول التي تأخذ بمبدأ اسقاط الجنسية فلا تريد أن تلتزم باستلام شخص لا ترغب فيه ، ومع ذلك فقد وافقت عليه مصر مع أنها تأخذ بنفس المبدأ . ويتضمن البروتوكول الثاني حالة الولد الذي يولد من أب لا جنسية له أو مجهول الجنسية ، ومن أم لها جنسية البلد الذي ولد فيه ذلك الولد اذا كان هذا البلد يعترف فقط بحق الدم وبالنسب من جهة الوالد كأساس للجنسية ، ففي هذه الأحوال كلها يعطى للولد جنسية أمه بدلا من جنسية الاقليم كما تجرى على ذلك أغلب التشريعات .

وظاهر أن الحالة المنصوص عليها في هذه البروتوكول تقرب بعض الشيء من النصوص المصرية اذ أن هذه النصوص كما يبيناه من قبل تجعل اكتساب الجنسية المصرية الأصلية معقودا بالنسب من الأب ، ومن الأم في حالة واحدة وهي حالة عدم ثبوت نسب الولد من أبيه ^(١) .

٤٩٠ — هذه هي النتائج التي انتهى اليها مؤتمر لاهاي سنة ١٩٣٠ ، فما هو حظها في التنفيذ ؟ من المفروض أن هذه النتائج لا ترى التنفيذ الا اذا أقرتها

(١) أما اذا كان الأب لا جنسية له أو مجهول الجنسية فان الولد يصبح بلا جنسية وذلك مع مراعاة القرينة القانونية الواردة في المادة ٢٢ وقد ورد في المذكرة التفسيرية في هذا الصدد ، أى بالنسبة لاغفال النص على مجهولى الجنسية ان العلة ترجع لوجود المادة السالفة . انظر قبله

عشر دول على الأقل من ثمان وأربعين^(١)؛ ومع ذلك فإن الدول المصدقة لم تتجاوز الثلاث وهى البرازيل (وكان تصديقها مصحوبا بتحفظات) والنرويج وامارة موناكو!! وهكذا تبددت كل الأحلام الجميلة التى عقدت على هذا المؤتمر وباء المؤتمر بوثيقة لا تتعدى فى قيمتها أكثر من أنها ثمرة لمجهوداتهم وقرائنهم والمثل الأعلى الذى يرمى العالم المتمددين الى تحقيقه فى يوم لم يصل بعد . ويظهر أن السبب فى عدم تنفيذ هذا الاتفاق يرجع الى حرص كل دولة فى المحافظة على مطلق حريتها فى مسائل الجنسية ، لما لها من الارتباط بسيادتها على رعاياها . وعلى ذلك ستستمر منازعات الجنسية واللاجسية على ما هى عليه الى أن تشعر الدول حقيقة بضرورة وضع قيود فعلية على حريتها فى هذا الصدد ، عندئذ يمكن الاستفادة من المحاولة التى قام بها مؤتمر لاهاى السالف .

٤٩١ — وبجانب هذه الاتفاقات الجمعية توجد الاتفاقات التى عقدتها مصر مع الدول على انفراد . وأول اتفاق من هذا النوع هو الاتفاق الذى عقد فى سنة ١٨٩٠ مع اليونان بشأن تحديد جنسية الرعايا اليونانيين الموجودين فى مصر ، اذ شوهذ أن كثيرا من الأشخاص يدعون الانتماء الى هذه الجنسية بغير حق رغبة منهم فى التهرب من دفع الضرائب ، ومن المحاكمة على الجرائم التى يرتكبونها سواء أمام المحاكم المصرية أو المحكمة القنصلية اذا ثبت فى النهاية ، أمام هذه المحكمة الأخيرة أنهم ليسوا من رعاياها . ومنشئو التنازع كما هو معلوم ، أن اليونان كانت جزءا من الأمبراطورية العثمانية فيما مضى ، ورغم استقلالها فانه يوجد من الجنس اليونانى من يتمتعون مع ذلك بالجنسية العثمانية ويطلق عليهم عادة لفظة Greco-Turque ، فبمقتضى اتفاق سنة ١٨٩٠^(٢) وضعت الضوابط لبيان هؤلاء الأشخاص اليونانيين ومنع التنازع بين الجنسية العثمانية واليونانية بالنسبة لمن يقيم منهم فى مصر .

(١) أى أن المؤتمرين يفتنون حتى بالتنفيذ الجزئى اذا أمكن .

(٢) والاتفاق منشور فى مجموعة « أصبجى وكولومبانى » باللغة الفرنسية ٤١ — ٤٧ .

وقد عقد اتفاق ثان مع اليونان فى سنة ١٩١٨ ^(١) اعترفت فيه مصر بالجنسية اليونانية لبعض هؤلاء الأشخاص ، بعد أن نازعت فى ذلك مدة طويلة سابقة . ويرجع تاريخ هذا الاتفاق الى المعاهدة التى عقدت بين تركيا ودول البلقان فى سنة ١٩١٣ ، والتى بمقتضاها استولت اليونان على بعض المقاطعات . وقد استدعى استيلاؤها على هذه المقاطعات أن منحت الجنسية اليونانية لسكانها ما عدا من غادرها واختار الجنسية العثمانية . على أنه أتيح للأشخاص الذين هم فى الأصل ^(٢) من هذه المقاطعات ، وكانوا متوطنين فى خارج الأمبراطورية العثمانية أن يختاروا الجنسية اليونانية . ولقد حاولت اليونان فى سنة ١٩١٤ اقناع الحكومة المصرية أن المتوطنين من هؤلاء الأشخاص فى مصر لهم الحق فى هذا الاختيار ، لأن مصر خارج الأمبراطورية العثمانية . ولكن الحكومة رفضت وجهة النظر هذه ، وسكتت دولة اليونان حتى نشوب الحرب وما ترتب على ذلك من تغيير مركز مصر تغيرا ظاهرا فبدأت من جديد ، تطالب بهؤلاء الأشخاص كرعايها . وقد ساعدها على تحقيق غرضها أنها دخلت الحرب الى جانب الحلفاء فى سنة ١٩١٧ ، وتمت المفاوضات على يد المعتمد البريطانى السير ونجت ، وبفضلها أتيح لهؤلاء الأشخاص الذين يرجع أصلهم الى المقاطعات المنضمة — بأن يكونوا قد ولدوا هم أو آباؤهم فيها — اختيار الجنسية اليونانية ، كما اعترف بالجنسية اليونانية لبعض أشخاص كانوا فى الحقيقة رعايا محليين ولكنهم من الجنس اليونانى ، بشرط أن يكونوا قد تطوعوا فى خدمة الجيش اليونانى أو فى جيوش الحلفاء .

وعقدت مصر هذين الاتفاقين قبل اعلان استقلالها ، وتم الأول منها وفقا لحق مصر فى عقد الاتفاقات الدولية التى ليس لها صبغة سياسية ، وأما الثانى

(١) راجع المجموعة السانقة ٦٥ وما بعدها و ١٥ مايو ١٩١٩ . م . ت . م . ٣١ .
٣٠٣ و ٩ يونيه ١٩٢٠ . م . ت . م . ٣٢ . ٣٥٢ .

(٢) ويطلق عليهم باللغة الفرنسية لفظة Originaires .

فقدت تحت وصاية وإشراف بريطانيا بعد إعلان حمايتها على مصر .

وقد عقدت مصر بعد استقلالها اتفاقا مع إيطاليا ، وقع في ١٤ أبريل سنة ١٩٢٣ ومضمونه تحديد جنسية الأشخاص الذين هم من أصل « ليبي » وقيمون في مصر قبل ضم طرابلس إلى إيطاليا فيتمتع هؤلاء الأشخاص بالرعوية الإيطالية دون الجنسية المصرية بشروط ثلاثة بينها المادة الأولى من الاتفاق ، وقد قررت أن الشخص يعتبر من أصل ليبي إذا كان قد ولد هناك ^(١) .

وفي ٦ ديسمبر سنة ١٩٢٥ عقدت مصر اتفاقا آخر مع إيطاليا ^(٢) بشأن جنسية أهالي واحة جنوب . وقد تنازلت عنها مصر لإيطاليا مقابل بعض أراض ضمت إلى مصر . ولقد أحيلت مسألة الجنسية إلى لجنة مختلطة للفصل فيها فاجتمعت هذه اللجنة ولكنها لم تتوصل إلى الاتفاق على المراد بسكان جنوب والمنطقة المجاورة ، فأجل البحث إلى أجل غير مسمى ^(٣) . وبمقتضى المعاهدة السابقة ، أنه إذا حصل خلاف على تنفيذ بند من بنودها فالمرجع إلى التحكيم . ٤٩٢ — ويتبين مما تقدم أن المعاهدات السابقة أتت بعد انفصال أراض وضمتها إلى دول أخرى ، ونذكر بهذه المناسبة بعض المذاهب التي جرت المعاهدات الدولية على الأخذ بها في حالات الضم السالفة .

من المقرر منذ زمان قديم أن سكان البلاد المنضمة يكتسبون جنسية الدولة الجديدة ، ولكن هذا المبدأ لم يتبع وقتا طويلا لما فيه من إلحاق الأشخاص باليهام ^(٤) فأعطى لسكان البلاد الأصليين الحق في اختيار جنسيتهم القديمة

(١) انظر قبله ٤٩٣ .

(٢) وهو منشور في مجموعة « أصبجي كولومباني » باللغة الفرنسية ١٨٧ وما بعدها .

(٣) فاردن بحث Gordon المنشور في كتاب الجنسية السابق الإشارة إليه ١١٩ — ١٢٦ .

(٤) انظر مؤلف Pothier الجزء الأول . القسم الثاني . البحث الأول . ومقال Gordon المنشور في كتاب الجنسية السابق الإشارة إليه . ١٢٧ . وكذلك بحث Kunz المنشور في مجلة أكاديمية لاهاي ١٩٣٠ . ١ . ١١١ وما بعدها . ويظهر أن شرط الاختيار la clause d'option ، وقد تقرر لأول مرة في المعاهدة الروسية النمسية المعقودة في سنة ١٨١٥ وأكده المعاهدات اللاحقة .

بشرط مغادرة البلاد . واستغنى بعد ذلك حتى عن هذا الشرط في معاهدات كثيرة .

ولتحديد من هم سكان البلاد الأصليون ، الذين يتأثرون بالضم ، والذين يكتسبون جنسية الدولة الجديدة في حالة عدم اختيارهم البقاء على جنسيتهم القديمة تتبع المعاهدات واحدا من أربعة مذاهب يمكن ردها الى فيصلين ، أما الفصيل الأول فهو الميلاد وأما الثاني فهو التوطن . وبالجمع بين هذين الفيصلين يمكن تصور المذاهب الأربعة على الوجه الآتى (١) معاهدات تتبع الميلاد فقط (٢) معاهدات تتبع الموطن فقط (٣) معاهدات تتبع الميلاد أو الموطن (٤) معاهدات تتبع الميلاد والموطن معا ^(١) . على أنه يوجد في لغة المعاهدات الأخيرة ^(٢) ما يشعر بالاستعاضة عن اصطلاح الموطن باصطلاح جديد هو الاستقرار ^(٣) واتخاذ شخص لبلد ما مركزا لأعماله . ولا صعوبة مطلقا بشأن الميلاد سوى ما تعلق منها بالاثبات ، وأما تحديد معنى الموطن فيحتمل بعض صعوبات لذلك ولأهميته الخاصة أفردناه فصلا على حدة .

(١) وتتبع المعاهدات غالبا فيصل التفرقة الأخير . قارن بحث Gordon المرجع السابق ١٣٣ .

(٢) انظر المادة ٣٦ من معاهدة فرساي وكذلك المادة ٨٤ من نفس المعاهدة .

(٣) وباللغة الفرنسية établissement .

الفصل الثاني

في

الموطن

٤٩٣ — ذكرنا في مستهل الكلام بشأن الجنسية أن المؤلفات والتصنيفات بشأنها كثيرة . والحال تخالف ذلك بالنسبة للموطن ، فلم يتعرض له الباحثون الا قليلا . وقد اختلف الكتاب بشأن العلة في هذا المظهر ، فزعم البعض بأن للجنسية أهمية أكبر ، ولذلك صادفت عناية أوفى ، ولكن يظهر أن هذا التعليل بعيد عن أن يكون صحيحا لأن الجنسية حديثة وأهميتها ناشئة بخلاف الوطن فقكرته وأهميته ثابتة من قديم الزمان ، أى منذ بدء نشوء النظريات في تنازع القوانين . وقال آخرون بأن فكرة الوطن فكرة ملموسة لا تحتاج الى ايضاح أو تفصيل كالذى تحتاج اليه فكرة الجنسية نظرا لغموضها ، ويظهر أن هذا التعليل أقرب الى الصحة من سابقه ^(١) .

٤٩٤ — وقد اتجهت الأنظار الى بحث فكرة الوطن لما شوهد من أن الأفراد لا يستقرون جميعا في بلدهم الأصلي ، بل منهم من يترك دياره للتوطن في بلد آخر قريب أو بعيد ، حتى اذا ما طاب له العيش فيه لا يرجع الى بلاده الأصلية . ومن هنا رؤى امكان الاعتماد على قانون الوطن لحكم بعض العلائق القانونية للأشخاص وكذلك لتحديد حالتهم القانونية اذا كانوا أجنب ، اذ كما يصح أن يكون المتوطنون في بلد ما من أهل البلد الأصليين يصح أيضا أن

(١) انظر بحثا هاما للأستاذ De Malalhaes في مجموعة أكاديمية لاهاي سنة ١٩٢٨ .
٣ — ٥ — ١٤٣ وبحثا للأستاذ Bentwich في التطورات الحديثة للموطن في إنجلترا .
نفس المجموعة ١٩٣٤ — ٣٧٧ — ٤١٥ ورسالة Levasseur المعنونة « Le domicile »
باريس ١٩٣١ ورسالة Loiseau باريس ١٨٩٣ .

يكونوا من الأجانب ومع ذلك فالكل متوطن (١) .

وقد أصبحت كلمة « موطن » شائعة بين التشريعات المختلفة فاذا تقبنا في مجموعات القوانين في أى بلد متمدين قابلنا حتما هذا الاصطلاح . على أننا اذا أردنا الوقوف على مؤداه أخذتنا الحيرة اذ يقصد به معان متغيرة بحسب البلاد (٢) ، ففى مصر نجد هذا الاصطلاح في مجموعة المرافعات المختلطة المادة ٣٥ / ٧ التى أجازت رفع الدعوى فى المسائل التجارية أمام المحاكم المصرية ضد الأجانب المتوطنين فى مصر ولو لم يكونوا موجودين بالفعل فيها وقت رفع الدعوى . وهذا ما أشارت اليه أيضا المادة ١٤ مدنى مختلط فى فقرتها الأخيرة . كما تقابله أيضا فى المواد ٦ ، ٨ ، ٩ ، ١٩ من مجموع المرافعات (الوطنية) ، اذ تميز هذه المواد رفع الدعوى أمام محكمة محل المدعى عليه . وكذلك فانه وفقا للمادة الثالثة من قانون المجالس الحسبية الصادر فى سنة ١٩٢٥ ، تختص هذه المجالس بتعيين الأوصياء والقائمة والوكلاء بالنسبة للمصريين وغيرهم من المتوطنين فى القطر المصرى الا اذا قضت القوانين والعادات بغير ذلك .

وعلاوة على النصوص القانونية السابقة فاننا تقابل أيضا اصطلاح «الموطن» فى أحكام المحاكم . فحكمت المحاكم المختلطة باختصاص المحاكم الشرعية باصدار اعلام شرعى بالوراثة بالنسبة لركة امرأة مسلمة ماتت متوطنة فى القطر المصرى (٣) . فأهمية الموطن فى مصر تتجاوز النطاق الداخلى الى نطاق تنازع

(١) بحث De Magalhaes . المرجع السابق ١٣٠ .

(٢) وفى فرنسا رغم نص المادة ١٠٢ فان الفراح مختلفون حول تعريف الموطن فمنهم من ينظر اليه باعتباره محل الأعمال كالأستاذ Planiol ومنهم من يعتبره علاقة قانونية تنشأ بين الشخص ومحل عمله (أوبرى ورو ١٠ . ١٤١) ومنهم من جمع بين التعريفين .

(٣) انظر مؤلف الدكتور الزينى ٥١٢ و ٥٢٨ . ويلاحظ أن التشريعات الأوروبية لا تقر عادة للمرأة المتزوجة بموطن خلاف موطن زوجها ما عدا التشريع السويشى الحديث قارن بحث De Magalhaes ٥٢ — ٥٤ وقارن أيضا أبو هيف بك ٨٠ هامش (١) .

القوانين . ورأينا أن لها دخلا كبيرا في مسائل الجنسية ^(١) والاختصاص العام .
 ٤٩٥ — وظاهر مما تقدم أن كلمة « موطن » اما أن تتعلق بمسألة داخلية
 بجهة كمسائل المرافعات ، واما أن تتعلق بمسألة من مسائل القانون الدولي الخاص
 كما رأينا في حالة الاختصاص العام وحالة الجنسية .

ومما لا شك فيه أن معنى هذا الاصطلاح مختلف في الحالتين . فالموطن في
 الحالة الأولى يراد به محل عمل الشخص الذى يستعمل فيه حقوقه المدنية ويجعل
 منه مركز معاملاته . وهذا التعريف قد أوردته المادة ١٠٢ مدنى فرنسى في قولها
 le lieu de son établissement principal وأخذت به المحاكم فى مصر
 على اطراد ، وهو يرمى الى غاية مخصوصة هى تحديد الاختصاص الداخلى اذ يبيح
 رفع الدعاوى على الشخص أمام المحكمة التى فيها دائرة موطنه ولو أنه لا يقيم فيها
 فعلا أى ليس له بدائرتها مسكنا دائما ^(٢) . ويتم تحديد الموطن ، بالمعنى الداخلى
 على الوجه الآتى : هذا الموطن اما أن يكون أصليا ويراد به أول موطن يكتسبه
 الشخص اذا ما تمت له شخصيته بأن أصبح مستقلا عن غيره ^(٣) ، فالقاصر اذن
 يكتسب موطن من له الولاية أو الوصاية عليه ، ويتغير موطنه مع تغير موطن
 هذا الشخص ، فموطنه موطن قانونى (حكى) وتابع لغيره ويظل كذلك الى أن
 يكتسب موطنه الأصلي عند بلوغه ^(٤) . وبجانب الموطن الأصلي يوجد الموطن

(١) قارن بالنسبة لفرنسا رسالة Levasseur . ٤٥٧ حيث أشار الى أن تحديد الموطن
 فى فرنسا متغير فيما يتعلق بمسائل تنازع القوانين .

(٢) وعلى أساس هذا المعنى يمكن أن يعتبر للشخص موطنين . الموطن مركز أعماله .
 والموطن محل اقامته . قارن De Magalhães . ٣٨ — ٣٩ حيث يقرر أن الموطن الأول هو
 موطن الأعمال والموطن الثانى هو موطن الشخص والغالب اجتماعهما معا .

(٣) انظر موسوعة القانون الدولى . ٥ . ٥٣٣ .

(٤) وهذا الحكم مخالف لما هو متبع فى القانون الانجليزى اذ أن الموطن الأصلي وفقا لهذا
 القانون يكتسب منذ الميلاد كما هى الحال فى الجنسية مع ملاحظة أنه قد يوجد أشخاص بلا جنسية
 أو يفقدون جنسيتهم فيما بعد بخلاف الوطن فلكل شخص موطنه . انظر بعده وقارن المادتين
 ١٠٨ ، ١٠٩ م . ف . ورسالة Levasseur ٢٤١ .

الاختيارى اذ يصح للشخص أن يتخلى عن موطنه الأصلي كي يكتسب موطناً جديداً بأن يقيم في بلد آخر فينقل اليه محل أعماله بنية الاستقرار فيه ، وتستفاد هذه النية من ظروف الحال لا من اقرار الشخص اذ قد يعلن الشخص كذباً أنه لم يرغب التوطن في هذا البلد الجديد لمصلحة ما ، فلا يؤخذ بهذا القول بل يرجع الى الوقائع . ويوجد أيضاً الموطن المختار أو ما يسمى عادة بالمحل المختار وهو المكان الذى يعينه الشخص لدى آخر متوطن فيه كي يتسلم نيابة عنه الاعلانات وأوراق الدعاوى التى ترفع عليه ، كمكتب محام مثلاً .

٤٩٦ — والموطن في الحالة الثانية أى في القانون الدولى اما أن يقصد به بيان الدولة التى يقيم الشخص ^(١) على أرضها بصفة مستمرة وبنية البقاء فيها أو ما يسميه الانجليز permanent home ، واما أن يقصد به العلاقة القانونية التى تتولد بين المتوطن والدولة التى يقيم فيها . وعلى أية الأحوال فان الموطن يتكون من عنصرين ، عنصر مادي Factum وهو الإقامة وعنصر معنوى وهو نية البقاء Animus manendi حتى اذا ترك الشخص موطنه كانت لديه نية الرجوع اليه ^(٢) Animus revertendi .

٤٩٧ — فمن المسلم به الآن أن اقامة الشخص بنية الاستقرار على أرضى الدولة من شأنها أن تولد علاقة بين الشخص والدولة وأن هذه العلاقة تسمى بعلاقة الموطن ، فهل لعلاقة الموطن تأثير من وجهة القانون الدولى الخاص ؟ رأينا فيما مضى بعض الأمثلة على ذلك ، وبخاصة فيما يتعلق بالقاعدة التى تقول بأن الميراث فى المنقولات يخضع لقانون موطن المتوفى ، وكذلك بالنسبة للتنازل فى مسائل

(١) فإذا سئل شخص عن موطنه فان اجابته تختلف باختلاف الجنسية التى ينتسب اليها فإذا كان مصرياً فانه سيوجب عن الموطن بالمعنى الداخلى فيذكر البلد والشارع الخ أما اذا كان انجليزياً فانه سيوجب ذاكرة الدولة التى استقر فيها . وهنا يظهر الفرق واضحاً بين المعنيين .

(٢) والواقع أن الخلافات كبيرة حول تعريف الموطن . قارن بحث De Magalhães .

الجنسية (١).

ونزيد على ما تقدم أن قانون الوطن يطبق أيضا في المنازعات المتعلقة بالنظام المالى للزوجين ، فقانون موطن الزوجية هو الذى يحكم الحالة القانونية للمنقولات ، وموطن الزوجية هو الغالب موطن الزوج ، ونذكر بهذه المناسبة أنه ليس للزوجة الأوروبية أن تكتسب موطنها مستقلا عن زوجها نظرا لعلاقة التبعية الموجودة بينها وبين الزوج ، وعلى العكس من ذلك فان الزوجة المسلمة قد تكتسب موطنها مستقلا . وكذلك يطبق قانون الوطن فى المنازعات الخاصة بحالة الديون والمراد هنا قانون موطن المدين ، وهذه القاعدة مقررة تشريعا وقضاء فى الأغلبية العظمى من الدول ، كما يطبق نفس القانون بالنسبة للوديعة الحاصلة فى البنوك لأن القاعدة وجوب المطالبة بالحقوق المدنية وفقا لقانون موطن المدين ، فاذا كان المدين شركة فالمعبرة بقانون مركزها الرئيسى *siège social* ، ومن اشترى بضائع من آخر مقيم فى بلد أجنبى فاذا قاضاه البائع فالقانون الواجب التطبيق هو قانون موطن المشتري المدين ، هذا اذا لم يحصل الاتفاق على قانون آخر فى صلب العقد ، وأخيرا فقد رجع الى قانون الوطن لحكم الأحوال الشخصية للأشخاص الخالين عن الجنسية *apatrides* ، كالروس المهاجرين والأرمن ونحوهم ، فاذا لم يكن لهم موطن فانه يطبق قانون محل الإقامة . أما فى مصر فرفضت المحاكم المختلطة تطبيق قانون الوطن بالنسبة للروس وأحيت قانونهم الروسى القديم (الميت) . وفى اعتقادنا أن هذا رأى بعيد عن الصواب ، وأن من الأولى أن يطبق عليهم قانون ديارتهم ، وحجتنا فى ذلك أن قواعد القانون الدولى الخاص فى مصر تخضع الأجانب لقانون جنسيتهم فى أحوالهم الشخصية ، ولكن الأخذ بهذا الحكم معقود بوجود جنسية لهم ، فان سقطت عنهم فانهم يعاملون معاملة

(١) وكذلك رأينا الموطن السياسى *domioile politique* عند الكلام فى التجنس (المادة ٩) . ومن الجهة الأخرى فان الموطن يقرر أيضا للأشخاص المعنوية بجانب ما تتمتع به من جنسية *De Magalhaes* . المرجع السابق . ٤٦ .

أهل البلاد فيطبق عليهم قانون الملة التابعين لها^(١).

٤٩٨ — رأينا فيما تقدم أهمية^(٢) الوطن في مصر وفي البلاد الأوروبية على العموم. ولكن للموطن أهمية أكبر في بعض البلاد الأخرى كإنجلترا وأمريكا والنامرك وسويسرا، ما عدا بعض أجزائها^(٣)، حيث يرجع اليه لمعرفة القانون الذى يحكم الأحوال الشخصية، وذلك على خلاف المتبع في أغلب الدول الأخرى اذ يرجع لقانون الجنسية لمعرفة الحكم الواجب الأخذ به في هذه المسائل. ورأينا أن هذا الاختلاف يعتبر سببا رئيسيا في ظهور نظرية الاحالة.

ولقد اهتم الكتاب الانجليز والأمريكان بدراسة فكرة الوطن دراسة عميقة وأشهرهم (Story, Halisbury Wastlake, Dicey) واذا رجعنا الى أحكام المحاكم الانجليزية شعرنا بأهمية الوطن اذ لا يعتمد عليه فقط لمعرفة القانون الذى يحكم مسائل الأحوال الشخصية، بل يعتبر من أهم العوامل في تحديد الاختصاص العام في نظر المحاكم الانجليزية. فهذه المحاكم لا تعترف بالاختصاص للمحاكم الأجنبية على الرعايا الانجليز لمجرد اقامتهم في دائرتها، مهما طالت

(١) وتعتبر هذه الصعوبة زائلة من الوجود بفضل المرسوم بقانون رقم ٤٠ لسنة ١٩٣٦ انظر المادتين ١٥، ١٦.

(٢) وقد رأينا فيما مضى أهمية الوطن عند دراستنا لنظريات تنازع القوانين منذ أيام Baile قارن بحث De Magalhaes. ٩. حيث يشير الى أهمية الوطن في حل مسائل تنازع القوانين الداخلية وكذلك ١٧ — ١٩. حيث يشير الى أهمية الوطن في اكتساب الجنسية بطريق التجنس وفقدها بالزواج وفقا لأحكام القانون الفرنسى الأخير الذى اشترط لعقد الفرنسية جنسيتها عند زواجها من أن تحدد اقامتها في الخارج ورسالة Levasseur ٢ — ٨ حيث أشار الى المجهودات الدولية التى تبذل في سبيل احلال قانون الوطن محل قانون الجنسية لحكم مسائل الأحوال الشخصية وكذلك ١٢٨ وما بعدها من نفس الرسالة حيث يبين أهمية الوطن في مسائل تنازع القوانين على العموم.

(٣) ويظهر أن جانبا كبيرا من العالم المتحدين يخضع الأحوال الشخصية لحكم قانون الوطن وذلك اتباعا للتقاليد القديمة. قارن دروس Bentwich في مجلة أكاديمية لاهاى ١٩٣٤ وكذلك دروس Lévy-Ullmann في الدكتوراه. ١٩٣٥. ٨٠.

تلك الإقامة بل تستلزم لصحة الاختصاص أن يكون الشخص قد اكتسب موطناً اختيارياً هنالك^(١).

٤٩٩ — فالموطن في إنجلترا وما شاكلها من البلاد يلعب نفس الدور الذي تلعبه الجنسية في البلاد الأخرى لذلك يعتبره البعض داخلاً في أحد عناصر الحالة وهي ثلاثة (١) حالة الحرية *statut de la liberté* (٢) حالة العائلة *statut de la famille* (٣) حالة الاستيطان *statut de la cité*. فالموطن داخل في العنصر الأخير كما تدخل فيه الجنسية أيضاً، إذا عرفنا أن الجنسية لا تدخل ضمن الأحوال الشخصية، وإن ادعى ذلك البعض. فالبلاد التي اعتبرت قانون الوطن منظماً للأحوال الشخصية، لها أيضاً قانون جنسيتها، فالبريطاني يتمتع بالجنسية البريطانية، ومع ذلك فقانون أحواله الشخصية هو قانون موطنه الذي يصح أن يكون القانون الفرنسي أو غيره على حسب الأحوال^(٢).

ولما كانت الجنسية داخلة ضمن القانون العام على الرأي الراجح، والموطن يلعب دورها من حيث حكمه للأحوال الشخصية فإن من المعترف به أيضاً أن فكرة الوطن داخلة ضمن القانون العام^(٣) وسنرى أهمية ذلك.

٥٠٠ — وفي إنجلترا وهي بلد «الموطن» لم يضع المشرع قواعد تشريعية

(١) ويجرون في فرنسا على اعتبار أن المحاكم الفرنسية مختصة متى كان الأجنبي متوطناً في فرنسا. انظر دروس Lévy-Ullmann. الدكتوراه ١٩٣٤. ٨٣ وبخاصة لو وجدت معاهدات بذلك.

(٢) وقد قال اللورد Westbury في قضية Undy V. Undy أن الشخص الانجليزي يولد وله حالتان. حالته السياسية التي مقتضاها أنه رعية جلالة ملك بريطانيا العظمى، وحالته المدنية التي مقتضاها خضوعه Obedience لقوانين مدينة معينة تتحدد بموطنه. قارن دروس Lévy-Ullmann. الدكتوراه ١٩٣٥. ٢٠٤ وكذلك Halisbury في Laws of England ٦٠. تحت كلمة Conflict of laws.

(٣) وربما كان أقرب إلى الحقيقة القول بأنها متصلة بالقانون العام وكذلك بالقانون الخاص على النحو الذي رأيناه في الجنسية. قارن De Magalhaes.

بشأنه ، بل ترك الأمر للمحاكم ولاجتهاد الفقهاء . وقد وضع الأستاذ Dicey بعض قواعد خاصة بالموطن الأصلي والموطن الاختياري وفقد الموطن واثباته . وأهمها ^(١) أن موطن الانسان الأصلي هو ما يكتسب عند ولادته سواء كان موطن أبويه أو محل ميلاده على حسب الأحوال . وأن هذا الموطن الأصلي لا يزول مطلقا بل يبقى حتى ولو اكتسب الشخص موطنًا جديدًا . وتظهر أهمية ذلك في أحوال الانتظار بين ترك الموطن الأصلي واكتساب الموطن الجديد ، اذ تظل الأحوال الشخصية محكومة بقانون الموطن الأصلي ^(٢) . ومن المقرر أنه لا يمكن الانجليزي أن يفقد موطنه ولو توطن في بلد آخر ما دامت هذه البلاد خالية من قانون يمكن أن يخضع له هذا الانجليزي ، فاذا عاش هذا الشخص في غابة في بافاريا حتى وفاته فان موطنه دائما هو إنجلترا ، وكذلك اذا عاش في البلاد المتبررة . أما اذا عاش في البلاد نصف المتدينة كمصر والعراق والهند ^(٣) ، فكانت المحاكم الانجليزية تقضى في أول الأمر بعدم امكان اكتساب موطن فيها ،

(١) وتجدها مفروحة وملخصة عن Dicey في كتاب المرحوم أبو هيف بك ٨٤ — ٨٨ ومقال Bentwich السابق الاشارة اليها حيث عرض لهذه القواعد في تطبيقاتها العلمية وبخاصة في العصر الحديث . وهذا البحث هام لأن صاحبه أورد فيه الأحكام التي تتبع في تطبيق قانون الموطن بشأن زواج وطلاق وميراث ووصايا الشرقيين عند ما يتزوجون من انجليزيات مسيحيات .

(٢) وهذه القاعدة مقررة قضاء بموجب أحكام صادرة في « قضايا المبادئ » leading cases وأهمها Undy v. Undy ونشر الحكم في سنة ١٨٩٩ في مجلة Law Reports ١ . ٤٤٧ . ويتلخص موضوع القضية في أن اسكوتلندا ترك اسكوتلندا وعاش في إنجلترا ولندن ٣٢ عاما ثم عاش في فرنسا مدة تسع سنوات في لوكاندات وغرف مفروشة أي أنه لم يقصد التوطن في فرنسا ولو أنه كان قد اكتسب موطنًا في إنجلترا فلما قام الخلاف حول توزيع تركته وهل توزع وفقا للقانون الاسكوتلاندي ، قانون موطنه الأصلي ، أو وفقا للقانون الانجليزي قانون موطنه المكتسب الذي قصده فيما بعد فقضت المحكمة العليا بتطبيق قانون موطنه ، وانظر أيضا Bentwich المرجع السابق ٣٨٠ .

(٣) قارن قضية Deane v. Deane ١٩٢٦ المشار اليها في مقال Bentwich . ٣٩٠ . حيث حكم أن الموظف الانجليزي في الحكومة الهندية لا يمكن أن يكتسب موطنًا في الهند .

ولكنها عدلت عن خطتها بالنسبة لمصر بعد اعلان الحماية عليها^(١) !! وفى النهاية فان الانجليزى المتوطن فى مصر يخضع فى أحواله الشخصية للقانون المصرى ولكن أى قانون ؟ رأينا أن فى مصر نظاما مركبا تسود فيه الشريعة الاسلامية بالنسبة للأحوال الشخصية ، فهل تطبق هذه الشريعة بالنسبة للانجليز ؟ هذا ما لا ترضى به المحاكم الانجليزية بل تأخذ بالقانون الانجليزى مطبقة هنا نظرية الاحالة بمعنى التفويض *délégation* أى أن الشريعة الاسلامية وفقا لقواعد القانون الدولى الخاص المصرية تقوض الحكم للتشريع الانجليزى باعتباره أحد النظم الداخلة فى النظام المركب السائد فى مصر .

٥٠١ — ولقد قام الخلاف حول كيفية تعيين الوطن^(٢) ، فقال البعض بضرورة الالتجاء الى ارادة الشخص ، وهذه النظرية تطبق لمبدأ كفاية الارادة وحجتهم فى ذلك أن الارادة داخلة فى عنصرى الوطن ؛ ولا يمكن التحقق والتثبت منها تماما الا باستجواب الشخص ، ولم تصادف هذه النظرية نجاحا اذ تترتب على الوطن آثار هامة متعلقة بسيادة الدولة وتطبيق قوانينها ، كما يحصل أن يحدد المشرع نفسه موطن الأشخاص رغم ارادتهم كما هى الحال بالنسبة لفاقدى الأهلية وناقصيا ، وكذلك فان تغيير الوطن ليس من الأمور الهينة^(٣) ورأى آخرون ضرورة الرجوع الى قانون جنسية الشخص لمعرفة موطنه وقالوا

(١) وعلى الأخص فى القضية الشهيرة باسم كازاداغلى ضد كازداغلى المنشورة فى Law Reports ١٩١٩ . ١٤٥ وموضحة بما فيه الكفاية فى مؤلف المرحوم أبو هيف بك ٩٠ — ٩٦ .

(٢) اذ من العقول أن يقوم التنازع بين قانون جنسية الشخص المراد تحديد موطنه وقانون الجهة التى يقيم فيها فعلا وقانون المحكمة المختصة . ومن رأى البعض أنه لا تنازع فى الحقيقة ، اذ المراد هو تحديد معنى الوطن متى أشارت قواعد تنازع بتطبيق قانون يجعل للموطن أهمية فى الأخذ بأحكامه . انظر رسالة Levasseur ٢٣٣ فالحاصل هو كيفية تفسير حكم القانون السالف الاشارة اليه بشأن الوطن أى أن الصعوبة متعلقة بالتفسير القانونى لا بتنازع القوانين . وانظر خاتمة الرسالة . ٤٦٠ .

(٣) وقد دافع عن هذه النظرية بجاس Loiseau فى رسالته الخاصة بالموطن بباريس ١٨٩٣ وقارن Arminjon . ٢ . ٣٠ — ٣٦ .

تأييدا لذلك أن الموطن ان هو الا جزء من الأحوال الشخصية^(١) . وسقط هذا الرأي بدوره لأن الموطن ليس من الأحوال الشخصية كما بيناه . وظاهر أن الموطن ليس وصفا في الشخص بل مبناه وقائع معينة تترتب عليها علاقة بين الشخص ودولة معينة . هذا من الوجهة النظرية ، أما من الوجهة العملية فاننا نقع في حيرة لأن الأخذ بهذه النظرية فيه مصادرة على المطلوب ، اذ يراد بمعرفة الموطن عادة الوقوف على القانون الذي يحكم الأحوال الشخصية فاذا بدأنا بالقول بأن هذا القانون هو قانون الجنسية فما الداعي للبحث عن الموطن ؟ كما أننا نقع في دور معيب في بعض أحوال أخرى ، وذلك في حالة ما اذا أحال قانون الجنسية على قانون الموطن كالقانون الانجليزي ، مع أن الأخذ بهذه النظرية من مقتضاه الرجوع الى قانون الجنسية وهكذا لا نجد مخرجا . والنظرية المعول عليها هي اتباع قانون القاضي ، وقد قالت بها أغلبية الشراح وأخذت بها المحاكم في فرنسا وانجلترا وفي ذلك دليل على أن الموطن ليس متعلقا فقط بالقانون الخاص بل وأيضا بالقانون العام ، فكما أن تحديد الجنسية يرجع فيه الى قانون القاضي كذلك تكون الحال بالنسبة للموطن .

أما بالنسبة لوسائل الاثبات فيرجع فيها عادة الى الوقائع أو بعبارة أخرى الى القرائن القضائية والقرائن القانونية ان وجدت وذلك في البلاد التي شرعت في الموطن لأهميته عندها ، وهذا ما أخذت به المحاكم المختلطة باطراد^(٢) ، ولذلك

(١) وقد قال بهذه الحجة الأستاذ Weiss ولكن أضاف عليها الأستاذ Valéry حجة أخرى مستمدة من نص المادة ١٠٢ . م . ف الذي يقرر أن موطن الفرنسي لاستعمال حقوقه المدنية يتحدد بالجهة التي بها مركز أعماله . فيقول الأستاذ أن النص عام فيصبح أن يطبق بالنسبة للفرنسيين في الداخل والخارج وكذلك ينطبق بالتبادل على الأجانب . وظاهر ما في هذا التفسير من تعمل . انظر مؤلفه . ١١٣ وكذلك دروس Lévy-Ullmann . الدكتوراه ١٩٣٤ . ٨٦ حيث يقرر أن الأعمال التحضيرية للمادة السالفة لا تؤيد هذا التفسير مطلقا . كما أنه أظهر صعوبة الأخذ بهذا الرأي بالنسبة للأشخاص عديمي الجنسية . ورغم كل الانتقادات السالفة فقد أخذ بهذا الرأي تشريعا في ايطاليا .

(٢) انظر حكم ٢٥ مايو ١٩٣١ . م . ت . م . ٤٢ . ١٩٠ .

إذا ما تنازعت القوانين بشأن الوطن فإن من الأولى تطبيق قانون القاضى ^(١) ، لأن المسألة متعلقة بالتكييف (بالأوصاف) ومعلوم أن القاعدة فى هذه المسائل هو خضوعها لقانون القاضى كما رأينا ^(٢) . ويرى آخرون أن هذا القول بعيد عن الدقة لأن الوطن إنما يقوم على وقائع مادية بعيدة عن الأوصاف القانونية ، وأنه لا دخل إذن لقانون القاضى ولذلك يشيرون لتحديد الوطن بتطبيق القانون الذى يقول باتباع قانون الوطن لأن تطبيق هذا القانون الأخير مشروط بالتوطن الذى يجب أن يثبت وفقا للقانون الأول ، أما إذا طبقنا قانون القاضى دائما فقد تنتهى الى تطبيق قانون الوطن فى حالة هو بعيد فى الأصل عن أن ينطبق فيها ^(٣) .

(١) وهناك مذهب رابع مؤداه تطبيق القانون الاقليمى . ويجب عدم الخلط بين القانون الاقليمى وقانون القاضى ، اذ يقصدون بالقانون الاقليمى هنا قانون الجهة التى تظهر فيها علامات استقرار للشخص تفيد توطنه هناك كما اذا عرض أمام محكمة انجليزية نزاع بشأن موطن شخص له فى فرنسا محل تجارى . فالقانون الفرنسى فى هذه الحالة هو القانون الاقليمى ولكن ظاهر أن مجال الأخذ به أن لا تعدد صور هذا الاستقرار فى بلاد مختلفة . ومع ذلك فقد أخذ بهذا المذهب فى مجموعة Bustamante المادة ٢٢ وأخذ فيها بقانون القاضى من باب الاحتياط والتكلمة فحسب . وقد تعد هذا المذهب الأستاذ Cassin فى دروسه التى ألقاها بأ كاديمية لاهاي ١٩٣١ مجلة الأكاديمية . نبذة ١٥ من السنة نفسها . وهناك مذاهب أخرى وسط أشار بها الكتاب المختلفون وليس هنا مجال بحثها ، وتجد بشأنها إشارة كافية فى دروس . Lévy-Ullmann . الدكتوراه . ١٩٣٤ . ٩٠ . ٩١ — ورسالة Levasseur ٢١٧ — ٢٣٢ حيث حاول التوفيق بين آرائه ونظرية الأستاذ Bartin فى التكييف .

(٢) قارن Pillet-Niboyet والانتقادات التى وجهها Levasseur فى رسالته السابق الإشارة إليها ٦١ — ٦٢ وكلمة المقدمة التى وضعها الأستاذ Juliot de La Morandière لهذه الرسالة .

(٣) فإذا فرضنا أن قاعدة تنازع القوانين الفرنسية أشارت بتطبيق القانون الانجليزى باعتباره قانون الجنسية فى مسألة متعلقة بالأهلية وأحوال هذا القانون الأخير على القانون الفرنسى باعتباره قانون الوطن . فالأصل أن لا ينطبق القانون الفرنسى الا اذا ثبت أن الشخص متوطن فى فرنسا وفقا لأحكام القانون الانجليزى دون أحكام القانون الفرنسى . كما يظهر ضعف هذا الرأى فى حالة ما اذا كان قانون القاضى بعيدا عن التنازع فإذا ما طلب مثلا من محكمة فرنسية تحديد موطن شخص صينى مقيم فى اليابان . فما هو دخل القانون الفرنسى هنا . قارن De Magalhaes المرجع السابق نبذة ١١ .

٥٠٢ — وهناك مسألة يضيق المجال هنا عن بحثها بتوسع ، وهى خاصة بأى القانونين أولى بحكم مسائل الأحوال الشخصية ، أ قانون الجنسية أم قانون الوطن ؟ من المعلوم أن قانون الوطن هو الذى كان متبعا الى أجل قريب (القرن التاسع عشر وظهور مبدأ الجنسيات) ، وقد قال به Savigny لأنه القانون التقليدى كما رأينا فى نظريات تنازع القوانين ، وعلاوة على ذلك فإن تطبيقه العملى من السهولة بمكان ، اذ يقوم الوطن على وقائع خارجية ظاهرة بخلاف الجنسية التى يصح أن تظل سرية بين الشخص ودولته ، ومن الطبيعى أن يتأثر الشخص بالجهة التى يعيش فيها ويتعامل مع أهلها ^(١) . وأما أنصار مذهب قانون الجنسية فيقولون بأن قوانين الدولة وعلى الأخص ما تعلق منها بالأحوال الشخصية إنما وضعت لرعاياها الذين هم كيانها ، فمن الطبيعى أن تتبعهم فى أية جهة كانوا لاتحادهم فى الجنس وأن مجرد الإقامة فى بلد ، لا يمكن أن يقارن بدم الجنس الذى يجرى فى عروق هؤلاء الأفراد ، ولقد راج هذا المذهب بفضل فكرة القومية ومبدأ الجنسيات ^(٢) ويقول أنصاره علاوة على ما تقدم أن تغيير الجنسية أمر نادر عملا بخلاف تغيير الوطن . ومعلوم أن الاستقرار مرغوب فيه بالنسبة للقوانين التى تحكم الحالة والأهلية .

والواقع أن كل دولة تتبع النظام الذى تراه ملائما لها من الوجهات الاقتصادية والسياسية والاجتماعية . ففى أوروبا يتبعون فى العادة قانون الجنسية ، والقليل من الدول يتبع قانون الوطن . وقد أخذ بعض الدول بمزيج من قانونى

(١) انظر فى الدفاع عن تطبيق قانون الوطن Bentwich . المرجع السابق ٣٨١ حيث أشار الى احتمال وجود بعض الصعوبات فى تحديد موطن الأشخاص الذين يقطنون فى جهات مختلفة بحيث يتعذر من الوقائع المادية معرفة أى موطن قد اختاروا ، ولكن تذال هذه الصعوبة عن طريق الأخذ دائما بالموطن الأصيل عند الشك فى وجود الموطن المختار ، وقارن رسالة Levasseur السابق الإشارة إليها ٤ — ٩ حيث يدافع عن قانون الوطن .

(٢) وقد لاحظنا أن تطبيق هذا المبدأ ليس عاما فهناك أمم محرومة من حقها فى أن تكون دولا قائم بذاتها لها قوانينها التى تسرى على أفرادها .

الجنسية والموطن ، كبولونيا ، فانها حكمت قانون الوطن فيما يتعلق بمعاملة رعاياها في الداخل ، لأن هذه الدولة مزيج من أجناس مختلفة . وأما في الخارج فانهم يخضعون في الأصل للقانون البولوني الذي يفوض الحكم فيما بعد لقانون موطنهم الداخلي ، فاذا لم يكن للشخص موطن في بولونيا اعتبر متوطنا في فارسوفيا . وقد اتبعت دولة اليونان الخطة نفسها ، كما أن فرنسا طبقت في الالزاس واللورين . على أنه توجد الآن حركة فقهية في تلك الدولة غرضها جعل جانب كبير من الأحوال الشخصية محكوما بقانون الوطن ، ويظهر أن السرف في ذلك راجع الى كثرة المهاجرين الأجانب والرغبة في تشبيههم في المعاملة بالفرنسيين فيطبق عليهم القانون الفرنسي باعتباره قانون الوطن ولو لم يكونوا قد حصلوا على الجنسية الفرنسية^(١) .

وأما نحن في مصر فتنبع خليطا من قانون الجنسية^(٢) بالنسبة للأجانب ، وقانون الديانة بالنسبة للمصريين ، فللدين عندنا أهمية خاصة لذلك نفرد له فصلا على حدة .

(١) راجع مقال Audinet المنشور في المجلة . ١٩٣٤ . ٢٩٥ — ٣٢٣ . وبخاصة ٣٠١ حيث يشير الأستاذ الى أن الأخذ بقانون الوطن من شأنه أن يسهل توحيد قواعد تنازع القوانين . وهذا أمر مرغوب فيه منذ زمن بعيد . وانظر كذلك ٣٠٦ وما بعدها حيث يعترض الأستاذ على تطبيق قانون الوطن في فرنسا لما يثيره ذلك من صعوبات واشكالات مختلفة .

(٢) وتطبقه عادة المحاكم القنصلية بالنسبة للأجانب الممتازين أما غير الممتازين فليس لهم محاكم قنصلية فترفع الدعاوى في هذا الشأن الى محاكم بلادهم في غالب الأحوال .

الفصل الثالث

في

الدين

٥٠٣ — انقضى ذلك الزمن الذى كان فيه للديانة شأن هام في تعيين القانون الذى يطبق في مسائل الأحوال الشخصية فأصبحت التشريعات في الوقت الحاضر وضعية بحثة في كل أرجاء العالم المتمدين . ولكن الحال عندنا في مصر تخالف ذلك ، اذ يجعل المشرع للديانة أهمية عظمى في تحديد الجهة المختصة بنظر مسائل الأحوال الشخصية وبالتالي في معرفة القانون الواجب التطبيق . وقد أتى النص على ذلك صراحة في المادتين ١٥ و ١٦ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية ، وفي مواد كثيرة من المجموعة المدنية الأهلية ومنها المواد ٥٤ و ٥٥ و ١٣٠ .

٥٠٤ — فالأحوال الشخصية بالنسبة للمصريين تخضع لقوانين دياناتهم وتفصل فيها هيئات متعددة في البلاد ، فتفصل المحاكم الشرعية بحسب الأصل في الأحوال الشخصية للمسلمين^(١) ، أما المجالس المالية والحاخامات فتفصل في

(١) ولها أيضا أن تفصل في مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بغير المسلمين من المصريين اذا ما اختلفوا ملة . بل وأكثر من هذا فهناك من يقول باختصاص هذه المحاكم بنظر قضايا الأجانب غير المتأخرين لعدم وجود محكمة أخرى في البلاد تفصل في مشاكلهم . وأساس هذا الرأي النظر الى المحاكم الشرعية باعتبار أنها المحاكم العامة في البلاد ، كما أنه يترتب على الأخذ به أن تطبق الشريعة الإسلامية في قضايا هؤلاء الأجانب لما هو معلوم من التلازم الموجود بين الاختصاص القضائي والاختصاص التشريعي في مصر . وهذه النتيجة وحدها ربما كانت كافية لاستبعاد هذا الرأي ، اذ أن الشريعة الإسلامية ذات صبغة شخصية خاصة بالمسلمين لا تمتد الى غيرهم الا في أحوال معينة يصعب اعتبار هذه ضمنها ، هنا ومن وجهة أخرى فان هذه النتيجة مخالفة لنص المادة ٤ مدني مختلط والمواد الأخرى التي تعتبر تطبيقا له والتي تقول بتطبيق قانون الجنسية في مسائل الأحوال الشخصية سواء تعلقت بأجانب ممتأخرين أو غيرهم دون تمييز . كل =

الأحوال الشخصية المسيحيين واليهود . واختصاص هذه الهيئات كلها ثابت من زمن قديم ، فالحاكم الشرعية تتمتع باختصاصها بموجب لأئحة ترتيبها التي صدرت في سنة ١٨٨٠ والتي تناولتها يد التعديل حتى سنة ١٩٣١ . أما بالنسبة للمجالس المالية فهناك نصوص الخط الهمايوني الصادر في سنة ١٨٥٦ التي أعطيت بموجبه الاختصاص^(١) . ولقد قام الخلاف في مبدأ الأمر حول طبيعة اختصاصها لمعرفة ان كان الزاميا أو اختياريا^(٢) .

وربما أصبح هذا الخلاف الآن في حكم التاريخ بعد صدور منشورين

= هذا لا ينفي وجود صعوبات في الالتجاء الى محاكم هؤلاء الأجانب في بلادهم اذ الأصل أن تيسر كل دولة للموجودين فيها سبل التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية وغيرها ، فمن اللازم إذن أن يعطى هذا الاختصاص للمحاكم الأهلية وهي محاكم زمنية قادرة على تطبيق قواعد تنازع القوانين . وقد كان من الطبيعي أن يتناول المشرع هذه المسألة بالتعديل ولكن صدر قانون الطوائف الأخير وهو القانون رقم ٤٠ لسنة ١٩٣٦ وأنت المادة ١٥ المقررة لاختصاص المحاكم الأهلية بشأن مسائل الأحوال الشخصية خالية من الإشارة صراحة الى هذا النوع من المنازعات اذ جعلته مقصورا على الأجانب المسلمين فقط .

وهاك النص : « تنظر المحاكم الأهلية مع مراعاة ما تقدم من الأحكام وفي حدود اختصاصها بالنسبة للأشخاص في كافة دعاوى الأحوال الشخصية المتعلقة بغير المسلمين أو بالمسلمين غير المصريين » : وربما استفيد هذا الاختصاص من نص المادة ١٦/٢ في قولها « اذا كان النزاع بين خصوم غير مصريين تطبق المحاكم قانون الأحوال الشخصية الذي يشبه الزوجان » قارن أبو هيف بك . ٨٧٤ — ٨٧٥ وهامش (٣) .

(١) وأم نص فيها من هذه الناحية هو نص المادة ١٨ الذي يقرر « الدعاوى الخصوصية Cas spéciaux مثل دعاوى الميراث سواء بين المسيحيين أو اثنين من رعايا غير المسلمين يجوز أن تنظر اذا أراد أصحاب الدعوى بمعرفة البطريركيات أو رؤساء الطوائف أو مجالس الطوائف » وتجد الخط الهمايوني السالف في مجموعة أحمد حسن بك . ٢ . ٩٠٨ وانظر أيضا كتاب Young المعنون Corps de droit Ottoman . ٢ . ١٣ — ١٥ .

(٢) على أنه من الثابت أن هذه الهيئات لا تختص الا اذا كانت الدعوى بين أشخاص من المتدين اليها ديانة وملة ، وأنه لا اختصاص لها بشأن مسائل الأوقاف التي تبقى في حق الجميع من اختصاص المحاكم الشرعية . انظر المادة ١٦ من الأمر العالي الصادر في ١٨٨٣ .

عائين (من الباب العالى) فى سنة ١٨٩١ مؤكدين الزامية هذا الاختصاص^(١). وعلى العموم فان هذه النصوص العثمانية لم تفعل أكثر من تأييد التقاليد الدينية التى كانت موجودة من قبل منذ عهد السلطان محمد الفاتح . ومع ذلك فان المشرع المصرى قد تدخل فى شأن المجالس المليية رغبة فى تنظيمها تنظيمًا ملائمًا فصدرت قوانين مصرية بحتة أولها الأمر العالى الصادر فى ١٤ مايو سنة ١٨٨٣

(١) ويصعب هنا تفصيل الظروف التاريخية التى أدت الى هذه الحال واستمرارها حتى الآن رغم مساوئها ورغم المحاولات التى بذلت للقضاء عليها . ويمكن أن تقرر أن القوانين كانت فى الشرق شخصية دون الغرب الذى انتهت القوانين فيه الى أن تكون اقليمية وذلك بفضل تأثير القانون الرومانى من جهة واتحاد الدين من جهة أخرى إذ لم يوجد فى الغرب سوى المسيحيون واليهود ، وكان هؤلاء الآخرين مضطهدين فلم يكن يعنى بأمرهم . أما فى الشرق فقد سمح التسامح الاسلامى بوجود الأديان الأخرى بجانب الاسلام فبقى المسيحيون ، وكذلك وجد اليهود فى بلاد الاسلام ملجأ ، واحترمت عقائد هؤلاء وهؤلاء ومن ثم أبيع لرؤسائهم الدينيين أن يفصلوا فى شئونهم ومن هنا نشأت مجالسهم المتعددة فى الامبراطورية العثمانية القديمة ثم زالت بزوالها وبظهور الجمهورية التركية الحديثة . أما فى مصر فقد بقيت هذه الهيئات واعترف بها المشرع المصرى ، ويحصل هذا الاعتراف باعتماد تعيين رئيسها بأمر عال للطوائف التى لها رئاسة مستقلة أو بقرار من وزير الداخلية للطوائف التى تتبع رئاستها فى مصر رئاسة عليا فى بلد أجنبى وهى فى مجموعها الأقباط الأرثوذكس — الأرمن الكاثوليك — الانجليكان الوطنيين ، وقد اعترف بها فى تشريعات على حدة سبق أن أشرنا اليها ثم الأقباط الكاثوليك — الأروام الكاثوليك — الأروام الأرثوذكس — الموارنة — السريان الكاثوليك — الكلدان الكاثوليك — اليهود الربانيين — الأرمن الأرثوذكس — السريان الأرثوذكس — الكلدان الأرثوذكس — اليهود القرائين .

وظاهر من التعداد السابق مقدار الاختلاف فى المذاهب بين المسيحيين ، وهذا التعداد ناشئ عن أسباب تاريخية محضة ترتب عليها أن كثيرا من الكنائس الفرنسية رأت أن من الأوفق أن تبعث بالمبشرين لى ترجع المسيحيين الشرقيين (المراطقة) الى حظيرتها كما كانوا من قبل ومن هنا نشأت طوائف الأقباط الكاثوليك والأقباط البروتستانت . ومعلوم أن الكنائس الأجنبية فى الشرق أربع : الكنيسة اللاتينية . الكنيسة الانكليكانية . الكنيسة البرسبيتية . الكنيسة اللوثرية . راجع فى هذا كله مؤلف Young . السابق الإشارة اليه ١٢٣ وما بعدها ومقال Arminjon فى المجلة ١٩١٢ . ٧٠٥ وما بعدها . حيث يقرر أن الدين الاسلامى جاء شاملا للعبادات والمعاملات على خلاف الدين المسيحى الذى جاء مقصورا على العبادات فحسب ، وكذلك راجع رسالة سيزوستريس سيداروس باشا ١٩٠٦ . ٢٦٥ — ٢٨٨ .

بالنسبة لطائفة الأقباط الأرثوذكس والأمر العالى الصادر فى أول مارس سنة ١٩٠٢ بالنسبة للانجيليين الوطنيين والأمر العالى الصادر فى ١٨ نوفمبر سنة ١٩٠٥ بالنسبة للأرمن الكاثوليك . وقد أتت هذه القوانين كلها فى الجملة على نمط واحد ، تعترف بالاختصاص لهذه الهيئات وتنظم بطريقة محدودة كيفية تكوينها ومسير العمل فيها . ومما هو جدير بالملاحظة فى هذا الشأن أنه وفقا لهذه الأوامر العالية أصبح تكوين المجلس الملى غير مقصور فقط على رجال الدين بل يدخله أيضا رجال زمنيون ، وهذه نقطة هامة .

وقد أهمل المشرع المصرى اصدار تشريعات بشأن الطوائف الأخرى غير الاسلامية المعترف بها وربما كان ذلك لقلة المنتمين اليها ، ولكن ذلك لا ينفى بقاء الاختصاص لها .

على أنه كان من اللازم بعد انفصال مصر عن تركيا فى ٥ نوفمبر سنة ١٩١٤ أن يصدر المشرع المصرى قانونا مصرىا لى تقوم هذه الهيئات على سند قانونى مصرى صريح ولكن يظهر أنه اكتفى باصدار القانون رقم ٨ سنة ١٩١٥ الذى احتفظ فيه بالحالة القائمة ^(١) statu quo .

٥٠٥ — وتثير هذه الحالة القائمة مختلف الشكاوى لاعتبارات كثيرة أحصاها تنازع الاختصاص والتضارب فى الأحكام بين هذه الهيئات المختلفة مما يترتب عليه الحاق الظلم بالمتقاضين ، وانكار العدالة فى بعض الأحيان . كما أن النظم الداخلية للمجالس المالية وبعدها عن كل رقابة حكومية أدى الى ظهور مساوئ مختلفة انتهت بوقوع التدمير حتى بين أفراد هذه الطوائف أنفسهم . لذلك فكر أولو الأمر فى وزارة الحقانية فى اصلاح الحالة فعقدوا اللجان لذلك ،

(١) اذ نص فيه على « السلطات القضائية الاستثنائية المعترف بها حتى الآن فى الديار المصرية تستمر الى حين الاقرار على أمر آخر على التمتع بما كان لها من الحقوق عند زوال السيادة العثمانية ، وعلى ذلك فان السلطات القضائية المذكورة هى والهيئات التى بواسطتها تمارس تلك السلطات أعمالها يكون مخولا لها بصفة مؤقتة جميع الاختصاصات والحقوق التى كانت تستمدها لغاية الآن من المعاهدات والقرمانات والبراءات العثمانية » .

وانتهى الأمر الى صدور المرسوم بقانون رقم ٤٠ لسنة ١٩٣٦ الخاص بترتيب واختصاص محاكم الطوائف المالية لغير المسلمين . والمفروض أن يوضع هذا المرسوم موضع التنفيذ الفعلي ابتداء من أول مارس سنة ١٩٣٧ (المادة ٣١ منه) لو أقره البرلمان في دورته التشريعية التي تبدأ في يوم ٢٣ مايو سنة ١٩٣٦ . ولا شك أن هذا المرسوم بقانون سيثير اعتراضات من نواح مختلفة ، كما أنه من المنتظر أن تتناوله يد التعديل والتنقيح في ضوء الملاحظات التي ستتناوله ، ولذلك أثّرنا أن لا نعرض له بالشرح الوافي مكثفين ببيان عناصره الأساسية .

٥٠٦ — بدأ المشرع بالاعتراف بالحالة القائمة فعلا ، ومدارها وجود المجالس (المحاكم) الطائفية وتمتعها بحق القضاء (مادة ١) ولكن في حدود جديدة أوردها صراحة ، ومقتضاها أن يكون النزاع حاصلًا بين أفراد مصريين غير مسلمين منتمين الى طائفة مالية واحدة على مواد معينة على سبيل الحصر وهي صحة الزواج أو بطلانه وفسخ الزواج والفرقة بأنواعها (الطلاق أو الحيلولة) والنسب والتبني وتصحيح النسب^(١) (مادة ٢) ويتبين من هذه القيود أمران : أولا : أن المجالس الطائفية لا اختصاص لها في حالة اختلاف الملة ، فلا محل اذن لتطبيق قاعدة أن المدعى يسعى وراء المدعى عليه ، والمتبع حالا أن يكون الاختصاص للمحاكم الشرعية ، ولكن المشرع نزع منها هذا الاختصاص وأعطاه للمحاكم الأهلية فنص في المادة ١٥ على أنه « تنظر المحاكم الأهلية^(٢) مع

(١) ونوجه الأنظار الى أن التبني وتصحيح النسب من الأنظمة غير المعروفة في الشريعة الإسلامية ، ويمكن القول بمخالفتها للنظام العام في مصر في الوقت الحاضر لأنها لا تتماشى مع شعور الأغلبية الساحقة من المصريين .

(٢) وإذا كان تغيير الملة طارئًا فإن المجالس المالية تحتفظ باختصاصها القضائي بنظر دعاوى صحة الزواج أو بطلانه إذا عقد الزواج لدى السلطة الدينية التي تتبعها تلك المحاكم حين كان كلا الزوجين خاضعًا لها ، ولو أصبح الخصوم في الدعوى غير خاضعين لها . وهذا الاختصاص استثنائي وهو مفهوم في حالة ما إذا كان التغيير حاصلًا من أحد الزوجين ، ولكن يصعب تفسيره في حالة ما إذا كان التغيير حاصلًا من الاثنين .

مراعاة ما تقدم من الأحكام ، وفي حدود اختصاصها بالنسبة للأشخاص ، في كافة دعاوى الأحوال الشخصية المتعلقة بغير المسلمين » . ثانيا : أن الاختصاص الأصلي للمجالس الطائفية مقصور على المسائل الدينية البحتة المتصلة بالعائلة ، أما المسائل الأخرى ذات الصبغة المالية الظاهرة فهي في الأصل من اختصاص المحاكم الأهلية كالهبة والوصية والمواريث .

على أنه يلاحظ مع ذلك أن المشرع قد جعل للمجالس المالية اختصاصا في هذا الشأن بطريق تبعى في مسائل الطاعة وحضانة الأولاد وكذلك حق النفقة بين الزوجين وحق التعويض في حالة بطلان الزواج أو فسخه على أن يكون للمحاكم المدنية تقدير قيمة النفقة أو التعويض . ويجوز مع ذلك للمحاكم الدينية أن تتولى بصفة مؤقتة تقدير قيمة النفقة . ومعنى ما تقدم بقاء الاختصاص مشتركا ومجزئا بين المحاكم الدينية والمحاكم المدنية ، وعندنا أنه ربما كان من الأوفق القضاء على هذا الاشتراك وبخاصة فيما يتعلق بالنفقة أو بالتعويض منعا للصعوبات الكثيرة التي أظهرها العمل ، وبخاصة لأن القانون الذى سيطبق موضوعيا يختلف باختلاف الجهة المرفوع اليها الدعوى .

٥٠٧ - ولا يسوغ للمجالس المالية مباشرة اختصاصها القضائى في داخل الحدود السالفة الا اذا توافرت شروط بينها القانون ، ومؤداها أن يكون ترتيبها بلائحة معتمدة من جانب الحكومة في شكل مرسوم ، وقد اشترط المشرع هنا صراحة عدم جواز الطعن في أحكام المجالس السالفة (المحاكم^(١)) الى محكمة أو أية هيئة أخرى يكون مقرها خارج الديار المصرية ، فقطع بذلك المشرع دابر سبب من أسباب الشكوى ويسر تحقيق العدالة على المتقاضين في أقصر وقت ممكن ، كما أنه استلزم من جهة أخرى علانية الأحكام التى تصدرها المحاكم الدينية السابقة وذلك عن طريق ايداع نسخ منها في أقلام كتاب محاكم النقض والاستئناف والمحاكم الابتدائية (المادة ٣) . وقصر المشرع حق القضاء على

(١) وسماها المشرع محاكم دلالة على تنظيمها على نمط المحاكم المدنية العادية .

المصريين غير المسلمين ورؤسائهم الدينيين مع ضرورة التصديق على تعيين الأواين بقرار من وزير الحقانية (مادة ٤) وألزم المحاكم بتحرير أحكامها باللغة العربية في الأصل فان حررت بلغة أجنبية وجب إلحاقها بترجمة لها قوة في الأصل عند الخلاف في التفسير (مادة ٥). والخلاصة أن المشرع استلزم هنا ضمانات قصد بها تحقيق العدالة وتسهيلها على المتقاضين، ومؤدى هذه الضمانات أشخاص القضاة أنفسهم وكيفية مزاولتهم لمهنتهم. وكل هذا جميل من جانب الشارع، ويمكن التساؤل هنا عن الجزاء الواجب الاتباع عند عدم العمل بالشروط السالفة. اذا رجعنا الى نصوص القانون لا نجد هذا الجزاء مقررا صراحة ولكن مع ذلك فانه يستفاد من نص المادة ١٥ الذي جعل من المحاكم الأهلية محاكم أحوال شخصية عامة بالنسبة لغير المسلمين، وجوب الرجوع الى هذه المحاكم في كل مرة يتبين أن المجلس الملى المختص أصليا محروم من حق القضاء بسبب عدم توافر الشروط السالفة التي يكون للمحاكم الأهلية حق رقابة تحققها من عدمه دون حاجة لصدور قرار أو مرسوم من جانب السلطة التنفيذية^(١).

٥٠٨ — ونظم المشرع في الباب الثاني من القانون قواعد المرافعات أمام المحاكم الدينية^(٢). على نمط لا يختلف كثيرا عن المتبع أمام المحاكم المدنية،

(١) ولكن هل اذا ثبت عدم توافر هذه الشروط في وقت معين، ولكن ثبت توافرها في تاريخ لاحق فهل يعود الاختصاص للمجلس الملى؟ لا شك في أن هذه مسألة مثيرة للجدل ولكننا نعتقد أن عدم توافر هذه الشروط مسقط للاختصاص والقاعدة أن الساقط لا يعود. وتكون الفترة من يوم صدور القانون الى أول مارس سنة ١٩٣٧ تاريخ العمل بهذا القانون فترة سقوط لا بد أن تتم في خلالها الاجراءات السالفة والا ارتفع الاختصاص عن المجلس الملى.

(٢) وهاك النصوص في هذا الشأن « ترفع الدعوى بعريضة يوقع عليها المدعى أو وكيله الخاص وتكون مشتملة على بيان واضح لموضوع الطلب وأسماء المدعى عليهم وألقابهم ومحال إقامتهم » (مادة ٩). « يكلف الخصوم بالحضور أمام المحكمة بإعلان يصدر من رئيس المحكمة مشتمل على بيان مقرها ويوم الحضور والساعة، ويجب أن يرفق بإعلان كل من المدعى عليهم صورة طبق الأصل من صحيفة الدعوى ويسلم الاعلان الى الخصوم بواسطة مندوب من =

وأهم ما يلاحظ في هذا الصدد وجوب أن تكون الأحكام مسببة ومكتوبة على أن تتلى في الجلسة بعد توقيع الرئيس والكاتب على نسخة الحكم الأصلية (المادة ١٤) .

٥٠٩ — أما الباب الثالث فخصه المشرع لتنظيم اختصاص المحاكم الأهلية أى المحاكم المدنية بنظر دعاوى الأحوال الشخصية ، وهنا يظهر التجديد بأجلى معانيه اذ للتبع حتى الآن أنه لا اختصاص لهذه المحاكم بنظر هذا النوع من الدعاوى ، ولكن المادة ١٥ من المرسوم الجديد أعطت لها الاختصاص في كافة دعاوى الأحوال الشخصية المتعلقة بغير المسلمين أو بالمسلمين غير المصريين كل ذلك في حدود اختصاصها بالنسبة للأشخاص^(١) . وفي حدود الاختصاص الذى تقرر للمجالس المالية الا أنه لو امتنعت هذه (المحاكم) عن الحكم^(٢) عاد الاختصاص للمحاكم الأهلية . وبفضل هذا النص تعتبر الصعوبة القائمة

== المحكمة يقوم بوظيفة المحضر أو يرسل اليهم بالبريد المسجل وذلك قبل التاريخ المحدد للجلسة بثمانية أيام كاملة على الأقل » (مادة ١٠) . « في اليوم المحدد للجلسة يحضر الخصوم أمام المحكمة بأنفسهم أو بواسطة وكلاء بمقتضى توكيل خاص مصدق على امضاءه أو ختمه ومع ذلك يجوز للمحكمة أن تأمر دائما بحضور الخصوم شخصا أمامها ، وتجرى المرافعات علانية الا في الأحوال التى تأمر المحكمة بأن تكون فيها سرا مراعاة للآداب . وللخصوم أو وكلائهم تمام الحرية في ابداء دفاعهم شفويا كما أن لهم أن يقدموا للمحكمة مذكرات كتائية ويجب أن يكون المدعى عليه آخر من يتكلم (مادة ١١) . اذا لم يحضر كل الخصوم بأنفسهم أو بواسطة وكلائهم فلا يجوز للمحكمة أن تسمع الدعوى الا اذا استوثقت من تسليم الاعلانات بواسطة مندوب المحكمة أو من أرسلها بالبريد وثبت في محضر الجلسة (مادة ١٢) . ويظهر أن المراد المرفوع عليه الدعوى — المدعى عليهم — يعاون المحكمة كاتب يحرر محضر الجلسة ومثبت فيه أسماء أعضاء المحكمة والخصوم الحاضرين شخصا أو وكلائهم وملحق المرافعات وكذلك كل قرار تصدره حالة انعقادها ويوقع الرئيس والكاتب على المحضر (مادة ١٣) .

(١) ونوجه الأنظار الى الخلاف الشهير بشأن الأجانب غير المتنازعين وبخاصة النتسبين للدول الأوروبية . قارن قبله ١٤ هامش (١) .

(٢) ونص المشرع على أنه لا يجوز أن تستعمل المحاكم الأهلية هذه الولاية الا اذا أثبتت محكمة تنازع الاختصاص المنصوص عليها في المادة ٢٦ من هذا القانون بناء على طلب مسبب ==

الآن بشأن نظر دعاوى الأحوال الشخصية الخاصة برعايا الجمهورية التركية محاولة اذ ستنظرها المحاكم الأهلية دون المحاكم الشرعية ، ومعلوم أن المحاكم الأهلية ليست ملزمة بالقضاء وفقا لأحكام الشريعة الفراء في موضوع هذه المنازعات .

ولقد ذكر المشرع في المادة ١٦ من القانون الذى تطبقه المحاكم الأهلية عند نظرها الموضوع . فاذا كان النزاع بين مصريين غير مسلمين فان المحاكم الأهلية تطبق القانون الذى يصدر فيما بعد . ومن المفروض صدوره قبل أول مارس ١٩٣٧ تاريخ العمل بهذا القانون ^(١) . أما اذا كان النزاع بين مصريين فقد وضع المشرع قاعدة اسناد مقتضاها أن تطبق المحاكم قانون الأحوال الشخصية الذى يتبعه الزوجان أى قانون جنسيتهما المشتركة أو قانون دياتهما المشتركة على حسب الأحوال ، فان اختلفا جنسية أو دينا يطبق قانون الزوج وقاعدة الاسناد هذه ليست جديدة بل مأخوذ بها فى مصر وفقا للقواعد العامة فى تنازع القوانين ^(٢)

= يرفعه صاحب الشأن الى وزير الحفانية بحصول الامتناع عن الحكم .
ونوجه الأنظار الى أن النصوص التشريعية لم تأت فاصلة صراحة فى تحديد جهة الاختصاص بنظر دعاوى الأحوال الشخصية الخاصة بالأجانب غير المتأزمين ، ومعلوم أن المحاكم الشرعية تدعى الاختصاص بشأنهم وتنازعها فى ذلك على الدوام المحاكم المختلطة التى تفصل فى هذه الدعاوى بطريقة فرعية وفقا لما هو معتاد .

(١) واصدار هذا القانون هو عقدة العقد اذ سيصعب حتما التوفيق بين وجهات النظر المختلفة ، فاذا استشير رجال الدين بشأنه فنعقد أن لا مخرج مطلقا وبخاصة اذا عرفنا أن الطوائف المسيحية واليهودية فى مصر أربع عشرة طائفة الخلافات بينها فى الأحكام واسعة ومن هذه الطوائف من يقول بأن الزواج سر من أسرار الكنيسة ، ومنها ما لا يعرف ضابطا واحدا باطراد لحل الصعوبات التى تعرض وعندنا أن الأصوب هو الأخذ جملة واحدة بأحكام تفريع وضى حديث كالتفريع السويسرى مثلا متحيا بما يلائم عادات أهل البلاد والغالب المتعارف فى معتقداتهم ، وذلك أسوة بما حصل فى تركيا الحديثة حتى بشأن الأحوال الشخصية الخاصة بالمسلمين . وهكذا يمكن وضع حد لخلافات لا طائل تحتها ولا شك فى ضررها .

وإذا قام النزاع على تركة يطبق قانون المورث وهذه القاعدة نفسها مقررة في المجموعة المدنية ٥٤/٧٧ م. ١٠ م.

ونظم المشرع في المواد ١٨ — ٢٠ الاختصاص النوعى للمحاكم الأهلية ابتدائيا واستثنائيا في قضايا الأحوال الشخصية التى ترفع إليها . ويستفاد منها أن المحاكم الابتدائية هى المختصة بنظر أغلب المنازعات ما عدا الخاص منها للنفقة والمهر والجهاز والارث الذى لا يتجاوز ٢٠٠ جنيتها فهى فى اختصاص المحاكم الجزئية تفصل فيه بطريقة ابتدائية أو انتهائية على حسب الأحوال .

وأتى المشرع فى المادة ٢١ بحكم هام اذ قرر أن تغيير الدين أثناء سير الدعوى لا يؤثر فى اختصاص المحكمة التى رفع إليها النزاع وفقا لأحكام هذا القانون ولا فى الشريعة الواجب تطبيقها . وهذا الحكم مخالف لما هو متبع الآن ولقضاء محكمة النقض فيما يتعلق بتأثير تغيير الدين فى الشريعة الواجب تطبيقها ^(١) . أما اذا كان تغيير الدين سابقا لرفع الدعوى فالأصل أن تطبق المحاكم الأهلية الشريعة التى كان يخضع لحكمها الطرفان وقت انعقاد الزواج . وحكمة التفرقة بين الحكيم ظاهرة وتتلخص فى أن تغيير الدين أثناء نظر الدعوى دليل على وجود نية الغش وأن المقصود هو الاضرار بحقوق الطرف الآخر الذى بقى على ديانته فيبقى الاختصاص القضائى وكذلك الاختصاص التشريعى على ما هى عليه . وهذا الحكم عام يطبق بالنسبة لجميع المحاكم المالية وكذلك بالنسبة للمحاكم الشرعية ، ولكن فى حالة ما اذا كان تغيير الدين حاصل قبل رفع الدعوى فإن الاختصاص القضائى يكون حتما للمحاكم الأهلية لاختلاف الملة ، الا اذا كان الشخص قد اعتنق الاسلام فسيكون الاختصاص للمحاكم الشرعية . وهذه لا تطبق سوى الشريعة الاسلامية نظرا للتلازم المعروف بين الاختصاص القضائى والاختصاص التشريعى . فان كانت المحاكم الأهلية هى المختصة طبقت

(١) انظر قبله ٣٥٢ .

الشريعة التي كان يخضع لحكمها الطرفان وقت انعقاد الزواج^(١) . مع ملاحظة أن الغالب في تغيير الدين يحصل بالتحول الى الاسلام .

٥١٠ — أما الباب الرابع في هذا المرسوم فخاص بمحكمة تنازع الاختصاص وطالما تاق المشتغلون بالقانون في مصر الى انشاء هذه المحكمة العليا كي تفصل في المنازعات حول الاختصاص وما يترتب على ذلك من التضارب بين أحكام الجهات القضائية المختلفة . والواقع أننا اذا سلمنا حتما بضرورة وجود هيئات قضائية مختلفة في البلاد فلا مناص من ايجاد هيئة عليا تفصل في منازعاتها مع بعضها البعض . ولقد تحقق ايجاد هذه الهيئة في المرسوم الأخير اذ جعل من محكمة النقض كلها !! محكمة تنازع اختصاص ، ومن المعلوم أن تأليف محاكم تنازع الاختصاص يكون عادة مختلطا ، فيمثل كل هيئة متنازعة عدد معين من الأعضاء مع ايجاد حكم مرجح ، ولكن يظهر أن واضعى المرسوم وجدوا أن من الأصوب جعل محكمة النقض محكمة تنازع اختصاص فتخطوا بذلك صعوبة تأليف محكمة التنازع على وجه مرض في نظرنا . كما أنهم بسطوا الاجراءات الواجبة الاتباع

(١) ولكن هل اذا قضت المحكمة الشرعية وفقا لأحكام الشريعة الفراء ورفع الأمر فيما بعد لمحكمة النقض منعقدة بهيئة محكمة تنازع اختصاص ، تطبق هذه المحكمة القاعدة السالفة وعندئذ تأمر بإيقاف تنفيذ الحكم الشرعى ؟ ؟ يخيل إلينا أن الاجابة الصحيحة هي في احترام الحكم الشرعى لأن تطبيق المحاكم الأهلية للشريعة التي كان يخضع لها الطرفان وقت انعقاد الزواج معقود بثبوت الاختصاص لهذه المحاكم ، ومعلوم أنه لا ولاية لها بشأن قضايا الأحوال الشخصية متى كان أحد الطرفين مسلما . وعلى ذلك يكون الحكم الذى أورده المشرع بشأن تغيير الديانة مقصور فى أهميته على حالة ما اذا كان تغيير الدين حاضلا أثناء نظر الدعوى أما اذا كان حاصلا قبل رفع الدعوى فلا تظهر أهميته الا اذا كان تغيير الديانة هو فى الواقع تغيير للملة فحسب .

وفى الواقع أن موضع هذه المادة فى التشريع متعقد لأنها عامة فى مؤداها وليست مقصورة على المحاكم الأهلية فقط .

أمام هذه المحكمة تيسيرا على المتقاضين (١) .

٥١١ — وخلاصة الرسوم المتقدم ابقاء الجهات القضائية المتعددة للفصل في جانب من مسائل الأحوال الشخصية الأكثر ماسا بشخص الانسان

(١) وهالك نصوص الرسوم في هذا الصدد « اذا رفعت دعوى الى محكمتين من المحاكم النصوص عليها في هذا القانون أو الى احدى هذه المحاكم ومحكمة شرعية ، فعلى آخر محكمة رفع اليها النزاع اذا ما رأت أنها أولى بالاختصاص والنظر في المسألة المطروحة أن توقف الفصل فيها وترفع الأمر الى وزير الحفانية بتقرير موقع عليه من رئيس المحكمة ويشتمل على الأسباب التي تبني عليها رأيها — ويرسل وزير الحفانية هذا التقرير من فوره الى المحكمة الأخرى التي يجب أن تصدر في ميعاد خمسة عشر يوما قرارا بعدم اختصاصها أو بحقها في الاختصاص وفي هذه الحالة الأخيرة يجب أن ترسل الى وزير الحفانية تقريراً مسبباً بذلك وأن توقف سير الدعوى — فيبادر وزير الحفانية بإرسال القرار الصادر بعدم الاختصاص أو القرار المسبب الصادر بالاختصاص الى رئيس المحكمة الأخرى — وفي الحالة الأولى تستمر هذه المحكمة الأخرى في نظر الدعوى — وفي الحالة الثانية يجب عليها أن تنتهي الى الوزير — في بحر ثمانية أيام من تاريخ وصول القرار المسبب — بما تراه ، فاما أن تسلم بعدم اختصاصها واما أن تعتزم رفع النزاع في الاختصاص — واذا رفع النزاع في الاختصاص على هذا الوجه أحاله وزير الحفانية الى محكمة النقض والابرار منعقدة بهيئة محكمة تنازع الاختصاص » (مادة ٢٢) .

اذا أصدرت محاكم الأحوال الشخصية حكماً انتهائياً في دعوى ، وكانت الدعوى عينها معلقة أمام محكمة أخرى من تلك المحاكم ، أو رفعت اليها فيما بعد ، يجوز لصاحب الشأن ، اذا قضت هذه المحكمة باختصاصها أن يرفع دعوى تنازع الاختصاص دون أن ينتظر حتى يكون قضاؤها نهائياً بعريضة مسببة توجه الى وزير الحفانية وترفق بها صورة رسمية من الأحكام (مادة ٢٣) .

اذا قضت محكمتان أو أكثر من محاكم الأحوال الشخصية بعدم اختصاصها ، فللخصوم أن يطلبوا الى وزير الحفانية — بعريضة مرفق بها صورة رسمية من الأحكام الصادرة — طرح هذه الأحكام الى محكمة تنازع الاختصاص — وكذلك الأمر في حالة تناقض أحكام انتهائية صادرة من محكمتين أو أكثر من تلك المحاكم (مادة ٢٤) .

رفع الطعن الى محكمة تنازع الاختصاص يوقف حتماً سير الدعاوى المعلقة أمام المحاكم المتنازعة أو تنفيذ الأحكام الصادرة منها بحسب الأحوال — وتقضى المحكمة نهائياً أى المحاكم المتنازعة أولى بالاختصاص أو أى الأحكام الصادرة واجب التنفيذ ، ويجوز لها بصفة استثنائية أن تأمر باتخاذ اجراءات تحفظية أو وقفية ويبلغ وزير الحفانية قرارها الى المحاكم ذات الشأن (مادة ٢٥) .

بمقتائده ، مع تنظيم هذه الهيئات تنظيما يكفل حسن سير العدالة كل هذا مع فصل جانب كبير من اختصاصها السابق ، وكذلك من اختصاص المحاكم الشرعية للمحاكم الأهلية التي ستطبق بشأنها بالنسبة للمصريين قواعد موضوعية ستصدر بقانون وعد به المشرع . ولا شك في أن وضع هذا المرسوم موضع التنفيذ يقضى على كثير من المساوىء التي طالما شك منها الكثير من أصحاب المصلحة ، فيعتبر من هذه الوجهة خطوة جريئة في سبيل الإصلاح ، ولكن لا يمكن أن تغنى مطلقا عن الخطوة النهائية فيه وهي تنحصر في توحيد كل جهات الاختصاص في مصر وجعلها في يد المحاكم الوطنية التي تطبق بالنسبة للأكثرية في مسائل الأحوال الشخصية قانونا عصريا مستمدا من مذاهب الأحكام الأربعة في الشريعة الإسلامية بما يوافق روح العصر الحاضر ومقدار التطور في الجماعة المصرية^(١) ، فإذا كان في بعض هذه الأحكام مخالفة لما هو متبع ومقبول عند بعض الطوائف غير الإسلامية فليس هناك ما يمنع مطلقا من إضافة هذه الأحكام الاستثنائية في ذيل المواد الرئيسية على نمط التشريعات الأوروبية التي تحترم عقائد الأقليات الدينية في بلادها^(٢) ، فتعرف بذلك الأحكام بالنسبة للجميع ويتوحد الاختصاص والقانون على الوجه الذي يتوقه جميع راغبي الإصلاح في البلاد ، وتنظم بذلك العدالة في جميع نواحي العلائق القانونية فتسقط دعوى المكابرين التي لطمها أننا غير أهل لتحقيق العدالة في شئوننا فكيف يسوغ لنا طلب الاضطلاع بأعباء العدالة فيما يتعلق بحقوق الأجانب^(٣) .

ففي انتظار تحقيق هذا الإصلاح الذي نقول به علينا أن نتحمل كل مساوىء الحالة القائمة في الوقت الحاضر ، ومؤداها كما أشرنا إلى ذلك مرارا ضياع الحقوق وانتهاك حرمة العدالة في أسمى العلائق المتعلقة بشخص الإنسان ، فتظل

(١) وهذا ما وعدت به خطبة العرش في جلسة افتتاح البرلمان يوم ٢٣ مايو ١٩٣٦ .

(٢) كما هي الحال في يوجوسلافيا وبولونيا وبلغاريا .

(٣) راجع مقالنا « المحاكم الأهلية والأحوال الشخصية » . ٨٣٢ .

كل جهات الاختصاص السابقة ممتعة بما لها من ولاية ، وتعتدى كل منها على الأخرى حسب ما يترأى لها . وبجانب هذه الهيئات توجد المحاكم القنصلية لنظر هذا النوع من العلاقات اذا ما تعلق بأحد رعاياها وكان الخصوم متحدى الجنسية أو كان المدعى عليه ، على الأقل ، منتسبا اليها جنسية ، وذلك تطبيقا لقاعدة أن المدعى يسعى وراء المدعى عليه . وعلى هذا الأساس نفسه تنظر المحاكم الشرعية القضايا المرفوعة على المسلمين ولو كان رافعها أجنبيا من رعايا الدول الممتازة . أما الأجانب غير الممتازين فلا توجد لهم محاكم قنصلية .

وقام الخلاف حول الجهة التي يرفع اليها أمر النظر في دعاويهم ، والغالب أنها ترفع أمام محاكم بلادهم ، ولكن هناك من يقول بجواز رفعها أمام المحاكم الشرعية لأنها بمثابة محاكم القانون العام في مصر فيما يختص بنظر هذا النوع من المنازعات . والواقع أن المحاكم الشرعية ، رغم تعديل لأئحة ترتيبها مرات متكررة ، لا تعرف حتى اليوم حدود اختصاصها بطريقة دقيقة ، بل على العكس فإن هذا الاختصاص محاط بالغموض مما يترتب عليه أحيانا صدور أحكام قد لا ترى التنفيذ يوما من الأيام وبخاصة اذا ما تعارضت مع أحكام صادرة من المحاكم الأهلية . هذا بالنسبة للاختصاص ، أما بالنسبة للقانون الذي تطبقه فهو دائما الشريعة الاسلامية ولو كان المتقاضون ليسوا بمسلمين ، اذ من المعلوم أن المحاكم الشرعية تقضى باختصاصها بالنظر في قضايا غير المسلمين اذا ما اتفقوا^(١) على الاحتكام اليها وذلك عملا بمبادئ الشريعة الفراء ، فتقضى هذه المحاكم في منازعاتهم وفقا لأحكام الشريعة الاسلامية فتجيز طلاقهم وان خالفت بذلك

(١) كما أن هذه المحاكم تختص بنظر قضايا غير المسلمين في حالة اختلاف الملة ، سواء كان هذا الاختلاف موجودا وقت العمل القانوني (كالزواج مثلا) أو لاحقا بأن يكون أحد طرفي النزاع قد تحول الى ديانة أو مذهب آخر قبل رفع الدعوى أمام المجلس الملى . وانما اذا كان التغيير قد تم في أثناء نظر الدعوى فإن المجلس يقضى عادة ببقاء اختصاصه قائما ولا يمكن أن تسلم بذلك المحاكم الشرعية . أما قيمة هذا الحكم الشرعي أمام المحاكم المدنية فشكوك فيه على الأقل . قارن أبو هيف بك ٧٢٦ - ٧٢٧ .

شرائعهم الدينية . وينجم عن هذا القضاء اشكالات لا حد لها ، مما اضطر المشرع المصرى الى التدخل فى سنة ١٩٣١ مانعا المحاكم الشرعية من سماع دعوى الطلاق من أحد الزوجين غير المسلمين على الآخر الا اذا كانا يدينان بوقوع الطلاق^(١) . ويمكننا أن نقرر أن هذه القاعدة تعتبر ضمن قواعد تنازع قوانين ، وأنها دخلت عند القضاة الشرعيين عن طريق غير مباشر هو طريق منع سماع الدعوى .

وقد حصل التساؤل حول الجهة المختصة بنظر دعاوى الأحوال الشخصية للأجانب الذين لا جنسية لهم ، فقبل باختصاص المحاكم الشرعية باعتبار أنها محاكم القانون العام ، ولكن نازعت المحاكم المختلطة فى هذا الادعاء ، ونصبت من نفسها محاكم أحوال شخصية بالنسبة للروس القدماء مخالفة بذلك النصوص الواردة فى لأئحة ترتيبها . وانتهت الى تقرير هذا الاختصاص عن طريق القول بأن المشرع المختلط ، بانشائه المحاكم المختلطة ، قد أراد حماية الأجانب من القضاء الوطنى فيما يتعلق بأحوالهم المالية ، فيمكن التقرير اذن من باب أولى أنه قصد أيضا حمايتهم من هذا القضاء نفسه فيما يتعلق بأحوالهم الشخصية . هذه هى الحجة الأساسية للمحاكم المختلطة ، وظاهر أنها واهية وصناعية اذ أن المشرع المختلط لم يفكر قط فى جعل المحاكم المختلطة محاكم أحوال شخصية كما يتبين جليا من نصوص المجموعة المختلطة ولأئحة الترتيب المختلطة ، ومع ذلك يظهر أن المحاكم المختلطة رأت أن قولها بالاختصاص للمحاكم الشرعية يؤدي فى النهاية الى تطبيق الشريعة الاسلامية فى الأحوال الشخصية لهؤلاء الأفراد ، ومن المعلوم أن هذه الشريعة غير متجانسة فى الكثير من الأحيان مع أحكام التشريعات الوضعية ، لذلك عمدت المحاكم المختلطة الى القول بالتحايل السابق . وفى اعتقادنا أنه ربما كان من الأولى القول بأن هؤلاء الروس وان كانوا قد فقدوا جنسيتهم الا أنهم لم يفقدوا دياناتهم ، لذلك يخضعون فى أحوالهم الشخصية لقوانين دياناتهم أسوة بأهل البلاد ، وليس فى اتباع هذا رأى أية غضاضة عليهم اذ يجرى

(١) انظر قبله ٢٦٠ وهامش (١) .

القضاء في الخارج على العمل بقانون موطنهم أو قانون محل اقامتهم ، ولكن لما كان هذا القانون موجودا في مصر تحت اسم قانون الملة فانه يعمل بهذا القانون ، ويرفع النزاع الى المجلس الملى الذى يختص بنظره ما دام الطرفان متحدى الملة وليس من الأجانب أصحاب الامتيازات الذين تختص بشأنهم المحاكم القنصلية . فاذا لم يوجد مجلس ملى مختص على الأساس السابق وجب رفع النزاع الى المحاكم الشرعية التى تطبق حتما الشريعة الاسلامية ، وليس لهؤلاء الأشخاص أن يتضرروا من هذه المعاملة اذ أنها نتيجة حتمية لتوطنهم في مصر . هذا واذا أخذنا بأحكام المرسوم بقانون رقم ٤٠ لسنة ١٩٣٦ السابق الاشارة اليه فان الاختصاص يكون للمحاكم الأهلية التى تطبق عليهم وفقا للأساس السابق القانون الذى تعهد المشرع باصداره . أما اذا كان هؤلاء الروس من المسلمين فلا خلاف في أن المحاكم الشرعية هى التى تختص بشأنهم ^(١) .

٥١٢ — ولنرجع الآن للكلام على الديانة من حيث هى . فالديانة تكتسب عادة بالميلاد عن الأب ^(٢) . ويمكن تغييرها باختيار ديانة أخرى ، وان كان ذلك نادرا في العمل لأن الأشخاص لا يحملون أنفسهم مشقة البحث في مزايا الأديان الأخرى ، فكل منهم يشب على دين الظروف وهو دين عائلته . وعلى أية الأحوال فاذا أراد شخص تغيير ديانته بعد بلوغه سن الرشد ، لسبب من الأسباب ، يمكنه ذلك اذ حرية الاعتقاد مطلقة في مصر بنص الدستور (المادة ١٢ من دستور سنة ١٩٢٣) وليس هناك سوى اتباع اجراءات خاصة بالعلانية . وتتلخص هذه الاجراءات في تقديم طلب الى جهة الادارة في البلد الذى يقيم فيه

(١) وغنى عن البيان أن المحاكم المختلطة ليست محاكم أحوال شخصية بصفة أصلية بالنسبة للأجانب غير المتأزمين ، فاذا فصلت في أحوالهم الشخصية فهى تفعل ذلك بصفة فرعية *incidente* بالنسبة للسألة الأصلية المالية التى تكون مطروحة أمامها . وجدير بنا هنا أن نتوه بفضل صاحب الدولة على ماهر باشا في اخراج القانون السالف الى حيز الوجود وان كان مصيره الآن موضع شك وجدل .

(٢) انظر كتاب المرحوم الشيخ محمد زيد بك الأحكام الشرعية ١ . ١٧٥ — ١٧٦ ويعتبر القبط في مصر مسلمان . الزينى . ٥٣٩ — ٥٤٠ .

الشخص فيقوم ممثل الحكومة هناك بسؤاله عن مقدار معلوماته في ديانته الجديدة ، وعن كونه مدركا لخطورة ما هو مقبل عليه ، فاذا تم ذلك أرسل في طلب رئيس الديانة التابع لها الشخص لكي يقنعه باتى هي أحسن وقلمما يقتنع في العادة ، فيحرر محضرا . فاذا كان المرتد يريد الاسلام يحول المحضر على المحكمة الشرعية لعمل الاشهاد .

ونوجه الأنظار الى أن هذه المبادئ السالفة سارية بالنسبة للمسلمين وغير المسلمين وهذا مناف لأحكام الشريعة الفراء ، اذ تقرر جزاءات هائلة على من تركها فلا تعترف له بديانته الجديدة ^(١) ، أى لا تقره عليها ، وتعليل ذلك هو أن الديانة الاسلامية تعتبر ناسخة لسائر الأديان الأخرى ، وبالتالي تفضلها فلا يقر المسلم بعد اعتناقها ومعرفة مزاياها على اختيار ديانة أخرى . وعلى العموم فمن المعتاد أن ترتب الشرائع السماوية الأخرى جزاءات كبيرة على من تركها .

٥١٣ — فاذا فرض أن تم تغيير الديانة فما هي آثاره ؟ لتغيير الديانة آثار هامة ، فالمسلم الذى يعتنق ديانة أخرى تنفصل عنه زوجته المسلمة ^(٢) لأن في بقاء الزوجية مخالفة للنظام العام في مصر . فالمسلمة لا تخضع لغير المسلم لأنها أقوى منه عقيدة ، ولكن غير المسلمة (الكتائية) تخضع للمسلم للسبب عينه ، وهو رئيس العائلة ، فان كانت زوجة المسلم مسيحية وارتد الزوج الى ملتها فالزوجية قائمة في نظر المجلس الملى ولكنها لا تعتمد عند المحاكم الشرعية ، ويجب أن يكون الحكم كذلك عند مسائر الهيئات القضائية احتراماً لاعتبارات النظام العام ^(٣) . أما اذا اعتنق غير المسلم الاسلام ، أصبحت له كل حقوق المسلمين ، فان كان زوجا جازله طلاق زوجته وجازله أن يعدد من زوجاته في حدود الشرع الشريف . وتخضع له

(١) انظر الزينى . ٦٤١ .

(٢) كذلك لا يتبعه أولاده القصر بخلاف ما اذا كانت زوجته هي التى أسلمت فيتبعها هؤلاء الأولاد .

(٣) أى أنه يؤخذ بكل الآثار المدنية المترتبة الردة على دون الآثار المتعلقة بشخص المرتد احتراماً للحرية المقررة بالدستور . انظر الزينى . ٤٥٢ .

زوجته المسيحية ويكون له عليها حق التأديب الشرعى . ولا يمكن أن تفصل بينهما لا بطركية ولا قنصلية اذا كانت الزوجة أجنبية فى الأصل . ورأينا عند الكلام فى تنازع القوانين فى مصر أن تغيير الديانة يولد اشكالات مختلفة ^(١) .

٥١٤ — فإذا كان تغيير الديانة حاصلًا عن طريق الغش رغبة فى التهرب من تطبيق أحكام الشريعة الدينية التابع لها الشخص ، كمن يسلم رغبة فى طلاق زوجته ، أو التهرب من تقديم (بائعة) دودة لابنته اليونانية وفقا للقانون اليونانى كان من اللازم أن لا ينتج اسلامه أثرا فى هذا الشأن اذا ما ثبتت نية الغش ، ولكن قضت محكمة النقض المصرية أخيرا بعدم جواز البحث وراء نية الأشخاص والاكتفاء بالظاهر ^(٢) .

(١) انظر مقالنا فى « تغيير الديانة وآثاره » مجلة القانون والاقتصاد السنة الخامسة ٣٠١ وما بعدها . وهذا الكتاب ٣٥٢ . وبالنسبة لتأثير تغيير الديانات الأخرى . مؤلف الأستاذ الزينى ٥٤٥ — ٥٤٧ .

(٢) قارن حكم محكمة النقض السابق الاشارة اليه ٣٥٢ وحكم المادة ٢١ من مرسوم الأحوال الشخصية لغير المسلمين وقبلة ٢٤٧ . وقارن ارمنجون فى مقاله . المجلة ١٩١٢ . ١٠٢٩ — ١٠٤٦ .

الحكماء والبراهمة

في

حالة الأجانب

الفصل الأول

مبادئ عمومية

٥١٥ — ما دامت الجمهورية العالمية التي تخيلها الفلاسفة بعيدة التحقيق فإنه لا مناص من التمييز بين الوطنيين والأجانب في التمتع بالحقوق . فينظم تشريع كل دولة القدر المناسب من الحقوق الذي يسمح للأجانب بالتمتع به ، اذ الأصل أن يتمتع الوطنيون بحقوق أوسع من الأجانب ، كما أنهم يتحملون تبعات أكثر^(١) . ولا شك في أن تمييز الوطنيين على الأجانب أمر معقول ، وليس لهؤلاء أن يتضرروا من ذلك ما دام التمييز لم يقصد به مجرد التعنت أو الارهاق .

(١) وقد قام الخلاف حول معرفة ما اذا كانت كل دولة ملتزمة بالاعتراف للأجانب فيها بجانب من الحقوق المدنية والعامة على الأقل . والرأي السائد يقول بضرورة الاعتراف بنصيب واف من هذه الحقوق والا اعتبرت الدولة خارجة على المجتمع الدولي . وأساس هذا الالتزام أحكام القانون الدولي العام (انظر Fauchille . ٩٢٧ ومقال Soelle في مجلة القانون الدولي العام ١٩٢٧ . ٤٩٤ و Weiss . ٢ المقدمة) . وتدعم حقوق الأجانب عن طريق عقد معاهدات . ولها تاريخ قديم ومن أهم الشروط التي ترد في المعاهدات الحديثة شرط الأمة الأكثر رعاية *la clause de la nation la plus favorisée* وشرط المساواة *la clause de l'égalité* . والقاعدة أن تسوى الدولة بين رعايا كل دولة فيجب أن لا تميز بينهم على أساس اختلافهم في الدين مثلا . ومن المتفق عليه أن لا يتمتع الأجنبي بحقوق أكثر من الوطني ، فاذا نزع دولة ملكية الأراضي فيها رغبة في تحقيق اصلاح توزيع الأراضي *réforme agraire* فليس للأجانب أن يطلبوا معاملة استثنائية عن التي يعامل بها الوطنيون (راجع موسوعة القانون الدولي . ٨ . ١٤) . ولا تسوغ معاملة الأجنبي على وجه أحسن من الوطني الا في الأحوال الاستثنائية البحتة التي تقضى بها قواعد القانون الدولي العام . وسنرى أنه وفقا لنظام الامتيازات الساري الآن في مصر يتمتع الأجانب بحقوق أكثر من الوطنيين مع أن نشأة هذا النظام ثبت أن المراد حرمانهم من التمتع بمزايا النظم الاسلامية المقصورة على المسلمين دون غيرهم . قارن رسالة أبو خاطر « مركز الأجانب في سوريا ولبنان » . باريس ١٩٣٣ . ٤ وقارن Pillet-Niboyet . ٢٩٧ — ٢٩٨ حيث يقرر أن هناك حدا أدنى لحقوق الأجانب ، أما أمر تنظيم هذه الحقوق فمن اختصاص المشرع الداخلي وأنه يجب التفرقة بين حقوق الأجانب وحقوق الأقليات .

كما أنه في وسعهم أن يقللوا راجعين الى ديارهم لكي يجدوا أنفسهم في مركز ممتاز بالقياس الى الأجانب الآخرين .

٥١٦ — فالمقصود اذن من دراسة حالة الأجانب هو بيان الحقوق التي يتمتع بها هؤلاء بموجب تشريع الدولة التي يوجدون فيها . ولقد بينا في مقدمة هذا الكتاب العلاقة بين حالة الأجانب وتنازع القوانين ^(١) ، ومن الملاحظ ازدياد النصوص القانونية المنظمة لحالة الأجانب ، اذ أظهر المشرعون في مختلف البلاد نشاطا في هذا التنظيم فوضعوا أسسا جديدة تتفق مع الأفكار الحديثة وتغير الظروف العالمية بعد الحرب . ولا يمكننا أن نوضح هنا كل ما يتعلق بهذه الحركة التشريعية ، بل نكتفي بأن نقرر أنها تتجه في سبيل التشبيه بين الوطنيين والأجانب فيما يتعلق بالحقوق الخاصة . وأقول التشبيه لا التسوية ، اذ تستثنى أكثر التشريعات تسامحا بعض الحقوق الخاصة فتقتصرها على الوطنيين دون الأجانب . وهذه الاستثناءات طبيعية لأنه يقصد بها عادة مراعاة مصلحة الدولة والمحافظة على كيانها .

(١) انظر قبله ٤٣ — ٤٦ والمقصود هنا دراسة الحقوق التي يباح للأجانب اكتسابها أما كيفية استعمالها *exercice* فهي مسألة متعلقة بتنازع القوانين . قارن دروس Lévy-Ullmann ١٩٣٥ . ٢٨٥ حيث يقرر نقلا عن Weiss أن المراد في الحقيقة معرفة الحقوق التي ينحول للأجنبي التمتع بها اذا ما ثبتت له أولا وفقا لأحكام قانونه ثم بعد ذلك وفقا لأحكام القانون الاقليمي ، فاذا فرضنا أن ايطاليا لا يتمتع بحق الطلاق وفقا للقانون الايطالي فلا يسوغ للقانون الفرنسي أن يعطيه هذا الحق مخالفا بذلك أحكام التشريع الايطالي . فنقطة البداية اذن هي التشريع الأجنبي وللتنشيع الاقليمي الحق في ايجاد القيود لا في التوسع . وعلى ذلك لا تعتبر دراسة حالة الأجانب مسألة سابقة على دراسة تنازع القوانين بل تعتبر مسألة لاحقة ، انظر Weiss . ١ . ٢٥١ . والواقع أن مسألة حالة الأجانب يمكن أن تعتبر ضمن مسائل تنازع القوانين من الوجهة النظرية على الأقل ، اذ يحصل التساؤل عن معرفة القانون الذي يحدد حالة الأجنبي هل هو قانونه وبذا يحل النزاع ويرتفع دون أية صعوبة . وعلى هذا الأساس تجرى كتب الفقه الألماني على دراسة حالة الأجانب ضمن دراسة تنازع القوانين . ولنا يرى البعض في فرنسا وجوب قصر دراسة حالة الأجانب في مؤلفات القانون الدولي الخاص على الحالة المدنية دون غيرها .

٥١٧ — ومن المتفق عليه أن الأجانب محرومون من التمتع بالحقوق السياسية^(١) لأنهم ليسوا أعضاء في الجماعة التي يعيشون في كنفها ، فليس لهم أن ينتخبوا ولا ينتخبوا ، كما أنه لا سبيل لهم الى وظائف الدولة ، أما بالنسبة للحقوق العامة فانهم يتمتعون بها عادة أسوة بالوطنيين ولكن بقيود أشد والواقع أن الحقوق العامة حقوق طبيعية ، فللأجانب حق الإقامة والتنقل والعقيدة والاتجار^(٢) . . . الخ ويتدخل المشرعون عادة لتنظيم هذه الحريات أو بعبارة أخرى لبيان كيفية استعمال هذه الحقوق . ومن المعتاد وضع قواعد شديدة بالنسبة للأجانب . فلا تتاح لهم السكنى في جهات معينة (كالجها ت القريية من الحصون والحدود) ، كما أنه يلزمهم اذا انتقلوا من جهة الى أخرى أن يخطرأ البوليس ، حتى يكون على بينة من أعمالهم ، وتستلزم أغلب التشريعات بهذه المناسبة أن يحمل الأجانب تذكرة لاثبات الشخصية^(٣) *carte d'identité* خلاف جواز السفر . وعلى العموم فان هذه القيود ترمى في الواقع الى التأكد من أن هذا الأجنبي ليس خطرا على سلامة الدولة أو رعاياها . وكذلك تبيح التشريعات تسليم المجرمين الأجانب ، كما أنها تميز ابعادهم لما في وجودهم من خطر على أمن

(١) الا أنهم في الجمهورية الأرجنتينية يتمتعون بنفس هذه الحقوق بصروط خاصة .
(انظر Pillet-Niboyet . ٢٩٩ . هامش (١) .

(٢) وما يتمتع به الأجانب من حقوق عامة ينحصر في ضرورة الاعتراف للأجنبي بالشخصية بمعنى أن يكون أهلا للحقوق التي تستلزمها شخصيته الذاتية كأجنبي (موسوعة القانون الدولي . ٨ . ٣١ — ٣٢) ويشمل هذا الاعتراف الأشخاص المعنوية على تفصيل سنعود اليه فيما بعد . وعلى العموم للأجنبي التمتع بحريته الشخصية ولا يمنع ذلك حق الدولة في ابعاد ومراقبته اذا كان خطرا على الأمن والنظام فيها . والاعتراف له بالحرية الشخصية يتضمن الاعتراف له بحرية العقيدة والفكر ، كما أن له الاستفادة من الخدمات العامة كالمستشفيات والملاجئ وكذلك المدارس الإلزامية (قارن Pillet-Niboyet . ٢٩٩ — ٣٠١) .

(٣) وقد اتخذتها بعض الحكومات وسيلة لارغام الأجانب على دفع ضرائب مالية . فلا تسلم هذه التذكرة الا نظير رسم مرتفع . وظاهر أن هذه الضريبة هي في الواقع ضريبة رؤوس *Capitation* ولا تغني هذه التذكرة عن جواز السفر *passport* .

الأفراد . وغنى عن البيان أن اجراءات التسليم والابعاد لا تتخذ في مواجهة الوطنيين .

ومن الجهة الأخرى فإن المشرع الوطنى ^(١) قد يحرم على الأجانب احترام من معينة كالحمامة والطب والصيدلة ، والسيرة في البورصة والصيد في المياه الإقليمية واستغلال المناجم . . . الخ ومن الملاحظ في هذا الصدد أن الدول تخفف من حدة مثل هذه القيود عن طريق عقد معاهدات تبادلية .

والخلاصة أن الأجانب يتمتعون بالحقوق العامة في حدود القيود التي يراها المشرع ، كما أنهم يتمتعون بالحقوق الخاصة مع مراعاة الاستثناءات التي تقتضيها مصلحة الدولة ^(٢) ، ولكنهم محرومون على أية حال من التمتع بالحقوق السياسية .

٥١٨ — ولم تصل التشريعات الى تقرير هذه الحقوق السالفة للأجانب طفرة واحدة بل سارت في سبيل التدرج . والتطور التشريعى في هذا الصدد جدير بالاعتبار ، اذ كانت التشريعات القديمة تعتبر الأجنبى متطفلا لتركه بلاده الى غيرها ، لذلك نظرت اليه بعين الشك والارتياب ، فعومل معاملة قاسية ، ومعلوم أن الرومان لم يرضوا تطبيق ال *Jus civile* على الأجانب بل وضعوا لهم قانونا آخر هو ال *Jus gentium* أو قانون الشعوب خلاف قانون الأمة الرومانية

(١) وتجربى بعض التشريعات على أن تبيح للأجانب احترام حرف معينة اذا أخذوا ترخيصا بذلك ولا يعطى هذا الترخيص الا نظير جعل معين . كما أن بعض التشريعات قد تحرم على صنف معين من الأجانب الاحتراف بالصناعة فيها وتذكر على سبيل المثال الولايات المتحدة التي تحرم على العمال الصينيين واليابانيين العمل فيها نظرا لقبولهم أجور طفيفة . *Valéry* ٣٥٣ — ٣٥٥ .

(٢) ومبدأ التسوية في المعاملة بالنسبة للحقوق الخاصة بين الأجانب والوطنيين معمول به في أغلب التشريعات الحديثة . انظر *Pillet-Nebouyet* . ٣٠٤ . هامش (١) ومما هو جدير بالملاحظة في هذا الصدد أن التشريعات الحديثة اعتادت أن تتشدد في معاملة الأجانب عقب الحرب العظمى مباشرة ، ولكن سرعان ما اختفت هذه الموجة العدائية وبخاصة عقب مؤتمر باريس الذى عقد في سنة ١٩٢٧ انظر بعده ٦٢٩ .

الذي كان وقفا على الرومانيين . وقد جاء قانون الشعوب حاويا لقيود كثيرة مقررا عدم أهلية الأجانب لاكتساب كثير من الحقوق الخاصة ، فلما أن ظهرت المسيحية سوت بين المسيحيين جميعا^(١) . ومع ذلك فإن مبادئها قد تعطلت بفضل النظام الاقطاعي . فكان السادة الاقطاعيون ينظرون الى الأجانب كالغنائم ، ومن هنا أطلق على الأجنبي لفظة aubain ، فخرموه من التصرف في أمواله بطريق الوصية ، كما أنه اذا توفي نصب السيد الاقطاعي نفسه وارثه الوحيد بل وأكثر من هذا فإن تحكمهم في الأجانب شمل حتى أشخاص نسائهم في بعض الأحوال^(٢) . ولا غرابة في قسوة هذه المعاملة اذا راعينا سوء معاملة الوطنيين أنفسهم في ذلك العهد . وعند ما ظهرت الملكية أخذت على عاتقها حماية الأجانب وتحسين حالتهم ، فبدأ تعسف السادة الاقطاعيين في الزوال ، واقترب ذلك بنشاط التجارة والتعامل ، وبخاصة بعد اكتشاف امريكا ، فبدأ الناس ينظرون الى الأجانب نظرة اعتبار لما في وجودهم من خيرات ، ولما عادت به التجارة عليهم من نفع وثناء ، وهكذا تبدلت الأحوال رويدا رويدا وأصبح الأجانب يتمتعون بحقوق متزايدة . ولكن لم تصف هذه الحال الجديدة دائما بل عكرتها الحروب التي نشبت في أوروبا ، فاستدعت النظر الى الأجانب كأعداء محاربين فصودرت أموالهم وامتهنت أشخاصهم ما أمكن . واستمرت الأمور على هذا النحو حتى انداع لهيب الثورة الفرنسية ، فتقررت بها مبادئ جديدة أخصها احترام حقوق

(١) ولنا يمكن أن نعتبر حالة الأجانب مرضية في غضون القرون الوسطى وحصل في المدن الإيطالية القديمة أن اعتادت الأسر الكبيرة اختيار حكام المدن من الأجانب سدا للذرائع فيها . Valéry . ٣٤٣ وبالنسبة لحالة الأجانب في فرنسا في ذلك الوقت راجع Surville . ١٩٤ .

(٢) فيما يتعلق بمركز الأجانب في هذا العهد راجع Valéry . ٣٤٤ — ٣٤٥ حيث يقرر أن مركز الأجانب بدأ في التحسن منذ القرن السادس عشر حيث يذكر شعر Voltaire في هذا الصدد . وقد ألغى النظام السابق في فرنسا بقانون سنة ١٧٩١ راجع دروس Lévy-Ullmann . ١٩٣٥ . ٢٩٥ وكذلك Weiss . ٢٠ . ٥٨ وما بعدها .

الانسان وطنيا كان أو أجنبيا^(١). وأنت مجموعة ناپليون بأحكام جديدة فيما يتعلق بحالة الأجانب ، اذ قضت على أنواع كثيرة من عدم الأهلية التي كانت مقررة في القانون القديم ، وبالجملة فانها حسنت من حالة الأجانب الى حد كبير. وقررت المادة ١١ م . ف . أن الأجنبي يتمتع في فرنسا بنفس الحقوق المدنية التي يتمتع بها الفرنسيون في بلده بموجب المعاهدات . وظاهر أن هذا النص يضع مبدأ جديدا في تقريره أن معاملة الأجنبي انما تكون على أساس التبادل السياسي *la réciprocité diplomatique* والمراد بالمعاهدات ، المعاهدات التي عقدها فرنسا مع دولة الأجنبي ، كما يقصد بها أيضا المعاهدات التي عقدها فرنسا مع الدول الأخرى فيستفيد منها الأجنبي وفقا لشرط الأمة الأكثر رعاية المعتاد وجوده في المعاهدات^(٢) . ولقد قام خلاف كبير حول حالة الأجانب الذين لم تدخل دولهم مع فرنسا في معاهدات . ولقد سمي هؤلاء الأجانب بأنهم عاديون *ordinaires* على العكس من الآخرين الذين نظمت حالتهم بمعاهدات ، اذ يعتبرون أجانب متميزين *priviliégiés* . وعلى العموم فان المعاملة المقررة للعاديين تبعد كثيرا عن المعاملة التي كانت سائدة في عهد القانون القديم ، وتقرب من معاملة الأجانب

(١) انظر *Surville* . ١٩٧ و *Weiss* . ٢٠ . ٧٩ — ٨٥ حيث أورد الأسباب التي دعت الى إلغاء الاجراءات الشديدة التي كانت متبعة بالنسبة للأجانب .

(٢) ولا شك أن في اتباع هذا النظام جعل الأجانب العاديين في مركز سيء . وقد اقترح في أثناء وضع المجموعة المدنية الفرنسية وجوب معاملة الأجانب وفقا لنظام التبادل التشريعي أي أن الايطاليين في فرنسا مثلا يتمتعون بنفس الحقوق التي يبيحها التشريع الايطالي للفرنسيين في ايطاليا . ولكن لوحظ أن الأخذ بذلك النظام معناه في الحقيقة إخضاع المشرع الفرنسي لهوى التشريع الايطالي . قارن *Pillet-Niboyet* . ٣٠٣ وانظر كذلك *Surville* ١٩٨ وما بعدها حيث يقرر أن واضعي المجموعة المدنية لاحظوا أن التشريعات الأجنبية لم تكثر بمسلك المشرع الفرنسي وتخفيفه الاجراءات الشديدة التي كانت متبعة في مواجهة الأجانب بل ظلت على حالتها الأولى في جعلها مركز الأجنبي سيئا بالنسبة للمواطنين ، ولذا استلزم واضعو المجموعة المدنية معاملة الأجنبي على أساس التبادل الديبلوماسي . ولقد أثار نص المادة ١١ م . ف . الخلافات وتجددتها مفصلة في المرجع السابق بما فيه الكفاية .

المتميزين . والواقع أن المجموعة المدنية الفرنسية قد بدأت عهدا جديدا في تنظيم حالة الأجانب ، سارت على نمطه التشريعات اللاتينية الأخرى ، فمنها ما قرر التبادل التشريعي أو الواقعي ، أي أن الأجانب يعاملون على أساس المعاملة التي يقول بها تشريع بلادهم ، أو المعاملة المتبعة فعلا هناك . ولكن هناك دولة ظلت محافظة على المبادئ الاقطاعية ، وهي إنجلترا فكان الأجانب فيها الى عهد قريب جدا محرومين من التمتع بكثير من الحقوق الخاصة بتملك العقارات مثلا أو استئجارها الا لمدد معينة ، ولكن الحال فيها تغيرت أيضا قبل الحرب فتقرر للأجانب أن يتمتعوا بحقوق مختلفة فصاروا في مركز لا يقل عما هو مقرر في التشريعات اللاتينية^(١) .

٥١٩ — فالخاص في الوقت الحاضر أن هناك تشابها بين التشريعات المختلفة فيما يتعلق بالحقوق التي يسمح للأجانب التمتع بها . وهذا التشابه لا يمنع من وجود اختلافات بينها ، ترجع الى تباين ظروف كل دولة فالاشتراك مقصور على المبادئ الرئيسية ، ولكنه ليس حتميا بالنسبة للتفصيلات . فليس من المعقول اذن أن تعتمد دولة في الوقت الحاضر الى حرمان الأجانب من التمتع بالحقوق الخاصة قاطبة ، اذ لو فعلت خرجت بذلك من عداد الدول المتمدينة . لذلك من المتعارف بين الدول أن تعترف كل منها في تشريعها الخاص للأجانب بجانب أقل minimum من الحقوق ، يجوز لها أن تتعداه الى أكثر سواء بنصوص تشريعية أو بمعاهدات ، ولكن ليس لها أن تقلل منه أو تحده والا ارتكبت عملا عدائيا ازاء الدول الأخرى . ويتضح مما تقدم انه فيما يتعلق بتنظيم حالة الأجانب تنظيما تشريعييا داخليا ، لابد من مراعاة قواعد القانون الدولي العام

(١) راجع Dicey . ٢٠٧ — ٢١١ ويكاد يكون مركز الأجنبي في الوقت الحاضر في إنجلترا بالنسبة للحقوق موازيا لمركز الوطني .

في هذا الصدد، وأن تنظيم حالة الأجانب ليس مسألة داخلية صرفة^(١).

٥٢٠ — وقد أدت الاعتبارات السالفة أن سعت الدول الى عقد المؤتمرات العالمية للنظر في أحسن وسائل لتنظيم حالة الأجانب، فأثيرت المسألة في المؤتمر الاقتصادي بجنيف في مايو سنة ١٩٢٧ وبحث فيه من وجهة الضرائب المالية، كما أنها أثبتت مرة أخرى في مؤتمر باريس في نوفمبر سنة ١٩٢٩ الذي نظر في حالة الأجانب على العموم. ولم ينته هذا المؤتمر الى وضع قرارات حاسمة في الموضوع بل اكتفى ببيان بعض القواعد الأساسية التي يقوم عليها بحث تنظيم حالة الأجانب اذا ما أرادت الدول النظر في هذا الموضوع مرة أخرى^(٢).

ولقد مثلت مصر في هذين المؤتمرين وأبلى مندوبوها بلاءا حسنا في اظهار مقدار الغبن الواقع على المصريين من بقاء نظام الامتيازات الأجنبية وما يترتب عليه من عكس الوضع الطبيعي للأموال إذ يجعل لطاقة من الأجانب حقوقا أوسع من حقوق الوطنيين كما سنرى^(٣)، ومعلوم أن هؤلاء الأجانب يعرفون باسم الأجانب المتنازين *les étrangers capitulaires*.

ولا يترتب على الاعتراف بهذا المركز الشاذ سوى شل يد السلطات المصرية في عملها واعاقه تقدم سير المدنية في البلاد.

(١) قارن Fauchille . ٩٣٢ وكذلك رسالة Tenekidès المعنونة *L'individu dans l'ordre juridique international* باريس ١٩٣٣ ومقال Vedroso . مجلة أكاديمية لاهاى ١٩٣١ .

(٢) والظاهر أن الروح العامة في هذا المؤتمر كانت ترمى الى التقييد من الحقوق المقررة في الوقت الحاضر للأجانب . انظر مشروع الاتفاق في المجلة ١٩٣٠ . ٢١٨ ومختصر دالوز . ١٣٩ . وقد نجحت أغلبية دول أمريكا في عقد اتفاق بشأن حقوق الأجانب وهو اتفاق هافانا ١٩٢٨ . مقال Alvarez المجلة ١٩٢٨ . ٥٦١ .

(٣) راجع بحث الأستاذ مراد كامل بك باللغة الفرنسية ١٩٣٠ .

الفصل الثاني

في

حالة الأجانب الممتازين في مصر

٥٢١ — ليس هناك قانون مصرى شامل ينظم حالة الأجانب في مصر، فإذا أردنا الوقوف على حالة هؤلاء كان علينا أن نرجع مبدئيا الى المعاهدات المقررة للامتيازات capitulations^(١). ويقصد بالامتيازات في المعنى السياسى والقانونى « مجموعة الحقوق والميزات privilèges التى تتمتع بها أغلبية الأجانب في مصر، وبمقتضاها لا يخضعون للسيادة المصرية الا فى حدود مرسومة^(٢) ».

٥٢٢ — وقد عقدت الدول المعاهدات الخاصة بالامتيازات مع الباب العالي فسرت على مصر باعتبارها جزءا من الامبراطورية العثمانية، فلما انفصلت مصر عن تركيا فى ٥ نوفمبر سنة ١٩١٤، ظلت الامتيازات سائدة فيها الى الآن وفقا للقواعد المقررة فى القانون الدولى العام بشأن ميراث الدول^(٣). ولم تنفذ معاهدات الامتيازات فى مصر على الوجه الذى اتبع فى تركيا، بل تحورت فيها

(١) اذ أصلها اللاتينى Capitula ومفردها Capitulum أى الفصل Chapitre راجع Pélissié du Rausas فى مؤلفه Le Régime des Capitulations ١٠١ و ٢٣ وكذلك Ouang فى رسالته المعنونة Essai sur le régime des Capitulations en Chine جنيف . ١٩٣٣ . ١ . — حيث يقرر أن المقصود بالامتيازات الاشارة الى الضمانات المقررة باتفاقات قارن بالنسبة لمركز الأجانب فى فرنسا Pillet-Niboyet . ٣٠٦ وما بعدها .

(٢) وفى هذا ما يدل على أن نظام الامتيازات استثنائى لمخالفته الأحكام السائدة فى سائر البلاد المعترف لها بالشخصية الدولية والتى يتمتع فيها الوطنيون والأجانب بحقوق موازية لما تقرره لدول الأخرى فى بلادها . وكان منطقيا ألا يحصل أى توسع فى هذا النظام الاستثنائى ولكننا سنرى أن هذا النظام قد انتفخ بفعل العادات والمجاملات .

(٣) وان كان البعض ينازع فى ذلك فقها . انظر مؤلف الأستاذ جينيه ١٤٨ وما

واتخذت شكلا أكثر ازعاجا ، أو بعبارة أخرى أكثر امعانا في امتهان السيادة الوطنية ، وذلك بفضل تسامح الحكومات المصرية في القرن التاسع عشر ، فخرجت بذلك الامتيازات عن حدودها التي رسمت في المعاهدات . والخلاصة أن تنظيم حالة الأجانب في مصر ليس من اختصاص المشرع الوطني وحده ، اذ يتركز على اتفاقات سابقة فردية وثنائية لم يتخلص من قيودها حتى الآن . ومقتضى هذه الاتفاقات اخراج الأجانب الممتازين عن السيادة المصرية في أغلب مظاهرها^(١) . ولذا قال عنها الأستاذ Du Rausas^(٢) ان الامتيازات لا تقرر نظاما بل تنظم حالة الأجانب بطريقة سلبية بحيث اذ تفوض لقناصلهم حق الحكم في شؤونهم .

ولقد هال الخديوى اسماعيل باشا سوء الحالة ففكر في طريقة يكبح بها جماح الضعف الذى أصيبت به الحكومة المصرية ، فأناوب وزيره نوبار باشا في مفاوضة الدول ، واستقر الرأى أخيرا بعد مفاوضات طويلة استمرت ثمانى سنوات الى انشاء المحاكم المختلطة في تطبيق مجموعات قانونية نقلت عن المجموعات الفرنسية . فتحسنت بذلك الأحوال بعض الشيء بفضل النظام الجديد الذى أطلق عليه « نظام الاصلاح » . واشترطت الدول أن يكون وجود هذه المحاكم مؤقتا حتى اذا لم تنجح في مهمتها ولم تحقق المقصود منها وجب الرجوع الى النظام القديم أى الذى كان سائدا قبل انشائها . وتقرر في معاهدة سنة ١٨٧٥ أن لكل من الطرفين الحق فى الغاء المحاكم المختلطة بشرط أن ينذر الطرف الآخر قبل ميعاد الالغاء بسنة . وتأيد ذلك الحق فى قانون سنة ١٩٢٢ . الذى قرر بقاء هذه

(١) فارن Pélissié de Rausas . ١ . ٢ حيث يبين ما فى هذا المركز من منافاة مع قواعد القانون العام وبخاصة فيما يتعلق بقوانين البوليس والأمن وكذلك مؤلف Féraud-Giraud . ١ . ٢٥ — ٢٨ حيث يشير الى الفارق فى المعاملة بين بلاد المسيحية والبلاد خارج المسيحية hors chretienté .

(٢) انظر مؤلفه . ١ . ١٢٨ — ١٢٩ حيث يقرر أن الأجانب يخضعون فى المرق (فيما مضى) لقوانينهم الفصلية التى تصدرها دولهم . كما هى الحال فى مصر الآن .

المحاكم الى أجل غير مسمى ، وكان من اللازم قبل ذلك أن يتجدد الاتفاق بشأنها كل خمس سنوات .

٥٢٣ — والدول صاحبات الامتياز في مصر حالا هي البلجيكيك والدانمرك والسويد والنرويج وهولندا واسبانيا والبرتغال وفرنسا ، وايطاليا ، واليونان وانجلترا والولايات المتحدة . وبجانب هذه الاثنتى عشرة دولة كانت ألمانيا والنمسا والروسيا من الدول صاحبات الامتياز ، ولكن تنازلت ألمانيا عن امتيازاتها بمعاهدة فرساي تنازلا يستند الى ٤ أغسطس سنة ١٩١٤ وهوتا ريخ دخول إنجلترا في الحرب ، وتنازلت النمسا عن امتيازاتها أيضا بمعاهدة سان جرمان على النمط السابق ، أما روسيا فسقطت امتيازاتها بسقوط الحكومة القيصرية وقيام الحكومة السوفيتية مكانها . ومعلوم أن الحكومة المصرية لم تعترف بعد بهذه الحكومة الأخيرة . ولقد استتبع انقضاء امتيازات الألمان والنمسيين ، أن أعطى الاختصاص بشأنهم الى القنصلية البريطانية دون المحاكم الأهلية ! ! وتقرر ذلك بمعاهدة الصلح نفسها . ولقد حاول الألمان فيما بعد استرداد الاختصاص لقنصليتهم ، فتم لهم ذلك بمقتضى معاهدة سنة ١٩٢٥ ، وقد نص في هذه المعاهدة على أنهم يخضعون لاختصاص المحاكم الأهلية في بعض جرائم معينة ونادرة في الواقع كالغيب في حق الذات الملكية lésé Majesté أو التآمر على سلامة الدولة ! ! والمقصود من هذه الاستثناءات المحدودة ارضاء الشعور الوطنى المجروح نظير ارجاع امتيازات الألمان كما كانت تقريبا . وقد أتت المعاهدة النمسية في سنة ١٩٢٩ على نفس النمط السالف . ومن الغريب أن ينص في مقدمة هاتين للمعاهدتين ، على أن هذا التنظيم مؤقت الى أن يوضع نظام جديد لحالة الأجانب في مصر أو بعبارة أخرى الى أن يعدل نظام الامتيازات ^(١) . ولا شك في أن

(١) ويستفاد من ذلك أنه اذا أريد تعديل نظام الامتيازات فيما بعد فلا داعى لأخذ رضا هاتين الدولتين . هذا ولقد أجازت الحكومة المصرية لها الحق في تعيين قضاة في المحاكم المختلطة ولكن ليس لهؤلاء القضاة الحق في الجلوس في الجمعية العمومية لمحكمة الاستئناف المختلطة عند بحثها مشروعات القوانين المصرية المختلطة للموافقة عليها . انظر نصوص المعاهدتين في ملحق هذا الكتاب .

مرمى هذه العبارة تعزية الجانب المصرى أو تهوين الخطب على المصاب . أما بالنسبة للروسين ؛ فالسوفيوتيون منهم لا يصرح لهم بدخول مصر ، أما الروس البيض فقد أصدر مجلس الوزراء بشأنهم عدة قرارات مختلفة ؛ وكان لهم في وقت ما (حوالى سنة ١٩٢٦) مكتب خاص تابع لوزارة الداخلية يسمى « بمكتب الروسين » ، أما الآن فيعاملون معاملة الأشخاص الذين لا جنسية لهم . ولقد جرت المحاكم المختلطة على نظر منازعاتهم المتعلقة بأحوالهم الشخصية على النحو الذى بيناه فيما مضى ^(١) .

ولقد تمكنت دولة ايران من عقد معاهدة مع تركيا في سنة ١٨٧٥ ، حصلت بها لرعاياها على حقوق مساوية تقريبا لحقوق رعايا الدول الممتازة . ولكن اتفقت مصر مع ايران في سنة ١٩٢٨ على أن تتنازل الأخيرة عن أحكام المعاهدة القديمة وعلى خضوع الايرانيين لسلطان المحاكم الوطنية (الأهلية والشرعية والمجالس الحسبية وغيرها) على أن تطبق المحاكم الشرعية التشريع الايراني فيما يدخل في اختصاصها . ومدة هذه المعاهدة خمس سنوات تنتهى اذا أعلن أحد الطرفين الآخر رغبته في ابطالها قبل انتهاء الخمس سنوات المذكورة بستة أشهر .

٥٢٤ - ويتضح مما تقدم أن بحث حالة الأجانب في مصر يستدعى بحث حالة الأجانب الممتازين أو بعبارة أخرى الأجانب رعايا الدول صاحبات الامتياز ، ثم بحث حالة الأجانب العاديين أى رعايا الدول الأخرى التى لم تعقد معها معاهدات تقرر امتيازات لرعاياها غير الممتازين ، ثم حالة الأجانب الذين لا جنسية لهم .

(١) راجع قبله ٦١٧ .

المبحث الأول

في

تاريخ الامتيازات الأجنبية

٥٢٥ — هناك اعتقاد شائع ، ان الامتيازات الأجنبية انما نشأت وترعرعت في ظل الامبراطورية العثمانية القديمة ، وهذا الاعتقاد وان كان على جانب كبير من الصحة ، فهو مع ذلك ، بعيد عن الدقة ، لأن الامتيازات قديمة معروفة من قبل ^(١) . فمن الثابت أن أمراء فلسطين والشام المسيحيين قرروا امتيازات لمصلحة التجار القادمين من البندقية وجنوة ^(٢) . فكان لهؤلاء أحياء خاصة يعيشون فيها وحدهم بلا منازع ، وقاض خاص يفصل في أمورهم ، وكانوا يعفون من الضرائب ، كل ذلك نظير المعاهدات والخدمات التي قاموا بها في ابان الحرب الصليبية . ونحا امبراطرة القسطنطينية ^(٣) نحو الأمراء السابقين فقرروا لهؤلاء

(١) اذ ترجع في أصلها لمبدأ شخصية القانون الذي كان مقررا في عهد الدولتين اليونانية والرومانية وفي القرون الوسطى . فالقانون يتبع الشخص أينما سار ولا يتبع سوى الأشخاص الذين ينتمون الى دولة أو مقاطعة معينة رسالة Ouang . ٢٦ وكذلك رسالة حبيب أبي شاهلة وموضوعها "L'extinction des capitulations en Turquie" باريس ١٩٢٤ . ١٥ وما بعدها .

(٢) راجع في تفصيل القضاء والقانون في بيت القدس اذ ذاك مؤلف Scott الأستاذ السابق بمدرسة الحقوق الخديوية وموضوعه "The Law affecting foreigners in Egypt" . ١٩٠٨ . ٦ وما بعدها حيث يشير الى أن سقوط الأراضي المقدسة في أيدي المسلمين لم يقض على النظام الذي كان موجودا من قبل بل أيسح للمسيحيين الاحتفاظ بمحاكمهم وبقانونهم .

(٣) وقد قرر هؤلاء الامتيازات مضطرين على خلاف السابقين . وأول معاهدة عقدها هؤلاء مع تجار فينيسيا كانت في عام ٩٩١ . راجع مقال Nys مجلة القانون الدولي ، الجزء الرابع ، راجع فيما يتعلق بتسلسل المعاهدات في هذا الصدد رسالة Ouang . ٢٧ . ٢٩ حيث يشير الى وجود معاهدات أخرى من هذا النوع في ذلك الوقت مع أمراء بحر البلطيق وفي لندن نفسها حيث كان للهيئات الأجنبية الحق في اختيار رؤسائها الذين يفصلون في مسائلهم المدنية والجنائية حتى سنة ١٣١٢ . ولكن زالت كل سلطات القناصل بظهور مبدأ السيادة الاقليمية للحكام على مقاطعاتهم فاعتبرت كل سلطة أخرى معتدية . راجع مؤلف Nys في القانون الدولي . ٢ . ٣٩٩ و Rauchillo نبذة ٧٤٠ .

التجار ، كما قرروا للمسلمين أنفسهم امتيازات تبيح لهم أن يقضوا في شئونهم بأنفسهم ، واستمرت الحال في القسطنطينية على هذا النحو الى أن غزاها الأتراك فأقروا النظام الذي تمليه الشريعة الغراء ^(١) .

وعرفت مصر هذه الامتيازات التجارية أيضا بعد أن خضعت لحكم العرب ، لأن خلفاء المسلمين من عهد هارون الرشيد أقروها لمصلحة الذميين . فلما تولى صلاح الدين حكم مصر قرر امتيازات كثيرة للفرنسيين مع أن ملكهم Saint Louis كان مهزوما وأسيرا بعد موقعة المنصورة . وفي عهد السلطان قنصوه الغوري سنة ١٥١٠ كان للفرنسيين وللجمهوريات الإيطالية قناصل في الاسكندرية يقضون في مصالح رعاياهم ^(٢) .

وظاهر أن السوابق التاريخية للامتيازات الأجنبية الحالية ، تفيد أن منحها كان أمرا معتادا في ذلك الوقت لأنها كانت متفقة كل الاتفاق مع مبدأ شخصية القوانين المقرر منذ القرون الوسطى ، وأنه قصد بها تشجيع التجارة لما في ذلك

(١) ورأينا أن أساس هذا النظام تقسيم غير المسلمين الى ذميين (كتابيين) ومستأمنين وحريين . والحريون اما كتابيون أو وثنيون . راجع Scott . ١٢ — ٢١ وقبله ١٦٧ ومن المعلوم أن غير المسلمين في دار الاسلام يوجدون في مركز أقل من المسلمين من حيث التمتع بالحقوق على اختلاف أنواعها . وقد ذهب بعض المسلمين الى ضرورة الزام غير المسلمين بارتداء أردية خاصة لتمييزهم عن المسلمين . نفس المرجع ١٦ . هامش (٢) ومؤلف Butler وموضوعه "The Arab Conquest of Egypt" . ٢٥٦ و ٢٧٢ حيث أشار الى الشروط التي وضعها عمرو بن العاص بشأن معاملة المسيحيين عند ما استولى على مصر . ومن المعلوم أن هذه الشروط بعينها هي التي وضعها السلطان صلاح الدين عند ما استولى على بيت المقدس . وظاهر أن حكمة الاتحاد في الشروط ترجع الى أن أساسها الخضوع لأحكام الشريعة الغراء . ومقتضى هذه الشروط اما الاسلام مع المساواة أو دفع الجزية أو التمتع بمركز أقل من المسلمين ، أو الاستمرار في الحرب حتى التسليم . ويتبين مما تقدم أنه ليس من المعقول مطلقا القول بأن الشريعة الاسلامية توجب معاملة غير المسلمين في دار الاسلام معاملة ممتازة وان كانت هذه المعاملة محقة الآن فعلا في مصر .

(٢) مؤلف Scott ٢٢ — ٢٣ حيث يقرر أن السلطان النوري تعاقد مع لويس الحادي عشر على بعض امتيازات خاصة للفرنسيين .

من فوائد ، وأنها لم تكن وقفا على المسيحيين في بلاد الاسلام بل تقرر
للمسلمين أيضا في بلاد المسيحية ، كما تقرر لبعض التجار المسيحيين أنفسهم في
بلاد المسيحية .

والخلاصة أنه لم تكن للامتيازات أية صبغة سياسية باعتبارها مقرر
لقيود على سلطان الدولة وسيادتها على الأموال والأشخاص كما هو حاصل الآن ،
بل أن صبغتها كانت تجارية بحتة ولا تتعارض مطلقا مع سيادة الدولة .

٥٢٦ — فلما فتح الأتراك القسطنطينية في سنة ١٤٥٣ ، أراد السلطان
محمد الفاتح أن يطمئن المسيحيين على أموالهم وأشخاصهم فسهل لهم سبيل الإقامة
وأباح لرؤسائهم الدينيين المسيحيين أن يقضوا في شئون أفراد طوائفهم ، وأصبح
رئيس كل طائفة مسئولا عن حالة طائفته واستقرار النظام بين أفرادها ، ولكن
فرض السلطان على هؤلاء الذميين ضريبة الرؤوس Capitation علاوة على
ضريبة الخراج ، لأن الذميين كانوا خارجين عن الأمة الاسلامية ، وليس لهم
من سبيل في التهرب من دفع الضرائب الا اذا اعتنقوا الاسلام . وعلى العموم
كان من المقرر وجوب التمييز بين المسلمين والذميين والمستأمنين ، فكان المسلمون
يتمتعون بحقوق أوفر بخلاف الذميين فانهم وضعوا في مركز أدنى أقل رغم أنهم
معتبرون من رعايا Rayat الخليفة أى خاضعين لسلطانه ، أما المستأمنون فهم
الأجانب أو الفرنجة لا يأتون الا لمدة مؤقتة وبقصد الاتجار أو تنفيذ أشغال أو
أعمال فكانوا يعفون من الضرائب لاعتبارهم في حكم الضيوف . هذه هي المبادئ
الأساسية التي تقضى بها الشريعة الغراء ، وقد طبقت في داخل الامبراطورية
العثمانية في ذلك العهد دون أن تتقرر في معاهدة ^(١) . ولكن في عهد السلطان

(١) وان كان السلطان قد اعتاد اذ ذاك ارسال خطابات الى حكام جنوا والبندقية للطمانينة
على بقاء الحكم في منازعات رعايا البلدين لرؤسائهم راجع Sooth . ٤٢ حيث تجد مفروحا
الوضع التابع بالنسبة لحكام البلاد الأخرى كيزا وفلورنسا . ومن هنا يرى الأستاذ أن
القول بأن امتياز سنة ١٥٣٥ الذي قرر لفرنسا هو الامتياز الأول قول غير مطابق للواقع .

سليمان القانوني باغت الامبراطورية العثمانية أوج عظمتها ، وامتد سلطانها في أوربا ، فاستولت على كثير من ممالكها حتى وصلت حدودها الى فيينا ، فرأى ملك فرنسا فرنسوا الأول أن يستفيد من قوة تركيا ^(١) وبخاصة بعد أن وقع أسيرا في اسبانيا بعد موقعة Pavie فطلب المعونة من عاهل الترك فأرسل له المكاتيب والرسائل فأجيب الى مطلبه أخيرا في لغة ملؤها العظمة والفخر ^(٢) ، اذ اعتبر الباب العالي نفسه في ذلك الوقت ملجأ الملوك وملادهم . وكان من مظاهر عطف الباب العالي أن قرر للفرنسيين الامتياز الأول في سنة ١٥٣٥ ^(٣) .

(١) ومن هنا تظهر الصفة السياسية لهذا الامتياز ، اذ الحقوق التي كانت مقررة قبل ذلك ذات صبغة تجارية ظاهرة ، أملت بها أحكام الشريعة الغراء من جهة واردة السلطان وحدها من جهة أخرى ، أما في الامتياز الأول فقد تقررت حقوق ربما كانت أوسع مما تقضى به الشريعة هذا علاوة على صبغتها التعاقدية . وقد أدى تقرير هذا الامتياز الأول على النحو السابق أن عمدت الدول الى التسابق في الحصول على امتيازات مشابهة بل وأوسع منها وهكذا انتهى التسابق في الحصول على هذه الامتيازات بمختلف الطرق شريفا ووضيعا الى الاقتيات على سلطات الدولة العلية الأساسية قارن Scott ٤٥ . حيث يشير الى المنافسة التي كانت قائمة بين فرنسا وغيرها من الدول حول حماية رعايا الدول الأوروبية الأخرى غير المتمتع بالامتيازات . وأساس هذه الحماية الدين ، ويقصد بها زيادة نفوذ فرنسا في الشرق وتحصيل رسوم من أفراد التجار الأجانب غير الفرنسيين الضارين في أراضي الدولة العلية ابتغاء الرزق . والخلاصة أن النظام الواحد المقرر بالنسبة لمعاملة غير المسلمين في الشريعة الغراء قد تغير بفضل هذه المعاهدات المختلفة النصوص .

(٢) راجع صور هذه المكاتيب في Du Rausas ١ . ٥ وما بعدها والمراجع التي أشار اليها وأخصها مؤلف Charrière وموضوعه "Négociations de la France dans le Levant" .

(٣) وقد سبق تقرير هذا الامتياز مفاوضات بدأت في سنة ١٥٢٥ ومحالفة سرية مع الباب العالي . ولطالما عاب الفرنسيون والعالم الأوربي على عاهل فرنسا فرنسوا الأول تحالفه مع سلطان كافر ! ! تحالفا سياسيا . هذا ويلاحظ أن الامتيازات السابقة لم تقرر اذ ذاك لرعايا اسبانيا والبرتغال وكاتنا أقوى الدول في ذلك الوقت راجع Du Rausas ١ . ٤ وما بعدها في تفاصيل المفاوضات السالفة وكذلك نصوص هذا الامتياز الذي يعتبر جامعا لمعاهدة تجارية ومعاهدة اقامة وبخاصة في مادته الثانية . والواقع أن المعاهدة التجارية نتيجة منطقية لمعاهدة الاقامة . على أن أهمية التفرقة بين هذين النوعين من النصوص تظهر في أن النصوص التجارية تعدلت مرارا وتكرارا على حسب تغير الظروف والأحوال بخلاف النصوص الخاصة بالاقامة فانها ظلت على حالتها الأولى .

ويتكون هذا الامتياز من سبع مواد رئيسية وهو في طبيعته أقرب الى المعاهدة التجارية منه الى المعاهدة السياسية الخاصة بالاقامة *établissement* . وقد أبيع بمقتضاه للفرنسيين الاقامة والاتجار في داخل الدولة العلية (مادة ١) وأن لا يتحملوا ضرائب أكثر من الضرائب المعتادة بشأن البيع والشراء (مادة ٢) وأن يختص قناصلهم بالفصل في قضاياهم المدنية والجنائية (مادة ٥) وأن يتمتعوا بحرية المعتقدات (مادة ٦) وأن يطبق القانون الفرنسي على ميراثهم (مادة ٤) ولم يكن في تقرير هذه الحقوق للفرنسيين أى تعارض مع سلطان الباب العالى . ولا غرابة في ذلك فمن ذا الذى يجسر في ذلك العهد أن يطلب حدا من سلطانه أو تقرير قيد عليه ^(١) ؟ ؟ فكان الباب العالى مطلق الحق في الغاء هذا الامتياز أو تعديله كما يروق له . كما أن هذه الميزات نفسها تقررت لرعايا السيد العظيم (السلطان) *Grand Seigneur* الذين يذهبون الى فرنسا ^(٢) . ولم يكن حق المجيء الى الامبراطورية العثمانية مباحا لكل الرعايا الفرنسيين بل أن ملك فرنسا نفسه هو الذى كان يصرح لرعاياه بالسفر والاقامة في تركيا . وقد صدرت في فرنسا أوامر *ordonnances* ملكية متعددة بينت الشروط اللازمة لتوافرها حتى

(١) ومن الغريب في هذا الصدد أن الغرض الأصلي من المفاوضات لم يكن الحصول على تقرير الميزات السالفة بل كان الحصول على قرض وارسل أسطول بحرى عثمانى في المياه الإيطالية (ناپولى) فجاء تقرير هذه الميزات عرضا ، يدل على ذلك أنه قد وضع نص خاص ، بناء على طلب المفوض الفرنسي ، بمقتضاه يباح للبابا والملكى اسكتلندا وانجلترا أن يستفيدوا من المزايا السالفة اذا أظهر أحدهم رغبته في ذلك في خلال ثمانية أشهر من هذه المعاهدة انظر *Du Ransas* . ١ . ٨ ورسالة *Quang* . ٣١ . و *Scott* . ٤ حيث يقرر أن هذا الشرط يعتبر نقطة البداية في تطور الامتيازات هذا التطور الذى أضر بسلطات الباب العالى وسيادته . وكذلك *Féraud-Giraud* . ١ . ٤٨ حيث يقرر أن الاختيار المقرر للملك الثلاثة السالفين لم يتخذ قط بل أخذ الفرنسيون على عاتقهم حماية المسيحيين في بلاد السلطة العثمانية .

(٢) وكان هؤلاء ضئيلي العدد جدا لأن العثمانيين القدماء لم يكونوا تجارا بل كانوا محاربين .

يسمح للفرنسى بالتجار فى حدود الأبراطورية العثمانية . وعلى العموم فان القيود والتنظيمات بشأن هؤلاء التجار الفرنسيين كانت شديدة بحيث لا يقدم الى الديار العثمانية الا كل فرنسى شريف ^(١) . وقد حتم على هؤلاء عدم استصحاب زوجاتهم معهم ، لأن المفروض فى اقامتهم أنها محدودة ومؤقتة ، أو ليسوا من المستأمنين ؟ ! والمفروض فى الأمان أنه لمدة سنة قابلة للتجديد وان كان السلطان سليمان القانونى أباحه لمدة عشر سنوات .

٥٢٧ — ولقد تجددت معاهدة سنة ١٥٣٥ بعد ذلك عدة مرات بما لا يخرج عن المعنى السابق ، فى سنوات ١٥٦٩ ، ١٥٨١ ، ١٥٦٧ ، ١٦٠٤ ، ١٦١٤ ، ١٦٣٥ ، ١٦٤٩ ، ١٦٧٣ ، وأخيرا ١٧٤٠ ^(٢) اذ كان من المفروض أن أجل هذه المعاهدات ينقضى بموت السلطان الذى قررها . وقد تعاقب منذ سنة ١٥٣٥ الى سنة ١٧٤٠ ثمان سلاطين ، ولكن فى سنة ١٧٤٠ — وكانت أمارات الضعف قد بدأت على الدولة العلية — أصبح الامتياز أبديا ! ! ، وسمى هذا الامتياز بالامتياز الأكبر اذ يتكون من خمس وعشرين مادة . وقد اعترف فيه بحق فرنسا فى حماية رعايا الدول الأخرى التى ليس لها ممثلون أمام الباب العالى ، كما أعفى الفرنسيين من بعض ضرائب كانوا يدفعونها فى هذا العهد . ولم يأت بها

(١) ومن الصعب المقارنة بين الحال الآن ، وبخاصة قبل الحرب العظمى حيث كان دخول الأبراطورية العثمانية مباحا بدون ترخيص ، والحال فى ذلك العهد ! !

(٢) وتم ذلك فى عهد السلطان محمود ولويس الخامس عشر وبوساطة المركز Villeneuve انظر Féraud-Giraud . ١ . ٤٨ — ٤٩ ويقول Du Rausas ان الامتيازات الفرنسية لم تجدد سوى أربع مرات ويعلل ذلك البعض بحصول انقطاع وتراخ فى العلاقات بين فرنسا والباب العالى . المرجع السابق ٥٧ وما بعدها . حيث يفسر ذلك بصعوبة المفاوضات بشأن التجديد وبخاصة لأن السفراء كانوا يتشددون فى طلب ميزات جديدة . وراجع فى تفصيل مفاوضات Villeneuve مؤلف Du Rausas . ١ . ٧٥ وما بعدها حيث تجد تفصيلات شبة يضيئ عنها مؤلفنا .

ذكر ، لكونه تبادليا أسوة بالامتياز الأول^(١) .

ولم يكن تجديد الامتياز من الأمور الهينة بل كان محاطا بكثير من العقبات ، وطالما تحمل في سبيل ذلك السفراء متاعب شتى ، وصلت في بعض الأحوال الى حد اراقه ماء الوجه وجرح عزة النفس ، ولكن أهميتها التجارية ، في مبدأ الأمر ، والسياسية فيما بعد كانت تقضى عليهم بالمشابرة للوصول الى أغراضهم مهما كلف ذلك^(٢) .

ومن الملاحظ أن لهجة امتياز سنة ١٧٤٠ تخالف بعض الشيء لهجة الامتيازات السابقة ، فبجانب عبارات العظمة والقوة ، وجدت عبارات الود والمجاملة^(٣) ، ولقد نصت المادة ٨٥ من هذا الامتياز صراحة على أنه باق مادامت فرنسا على صداقتها لتركيا .

٥٢٨ — ولم تكن المعاهدات الخاصة بالامتياز مقصورة على فرنسا ، بل تنبّهت الدول الأخرى الى أهميتها فتوصلت انجلترا الى الحصول على أول امتياز

(١) والواقع أن الامتيازات ، وجوهرها تطبيق أحكام الفريضة الغراء بشأن المستأمنين ومعاملتهم في دار الاسلام ، تم من جانب واحد ، ولكن ليس هناك ما يمنع قط من جعلها تبادلية ، وبخاصة لأن السلطان كان الأقوى ولشيئته على الأقل اعتبار كبير . وكل هذا لا ينفي أن الأصل اعتبار الامتياز متبها بوفاء السلطان . والسلطان الجديد الحق في معاملة المستأمن حسبما يراه فيعطيه الأمان أو لا يعطيه ، وفقا لمصالح الاسلام والمسلمين .

(٢) ويظهر أنه من أهم الوسائل التي اتبعت في سبيل التجديد تقديم الهدايا والتحف للوزراء وأهل الحكم ، ويقولون ان الحكمة في ذلك ترجع الى أن الامتيازات منحة من جانب السلطان ويجب تقديم ما يكفي لاستثارة عاطفة المنح عند السلطان . وعند البعض أن الامتيازات من السهل سقوطها وزوالها عند هبوب أية ريح الا اذا وجد ما يثقلها من الهدايا التي تمنعها من السقوط والزوال ! ! انظر Scott المرجع السابق ٦٩ وراجع مؤلف Du Rausas ١ . ٦٥ وما بعدها حيث وصف جلسة اعطاء وثيقة تجديد الامتياز الفرنسي في سنة ١٦٧٣ للوزير الفرنسي Nointel وما في ذلك من غرابة لها معانيها في قوة الامتيازات ! !

(٣) انظر في تفصيل ذلك Du Rausas ١ . ٧٨ وما بعدها حيث تجد بيانات لها دلالتها . وبخاصة شرح موجز لنصوص الامتياز .

لها في سنة ١٥٨٠^(١) ، وهولندا في سنة ١٦١٣^(٢) والروسيا في سنة ١٧٨٣^(٣) ، والنمسا في سنة ١٦١٥ ، والدنيمرك في سنة ١٧٥٦ . وتبعها بروسيا (المانيا) ١٧٦١ ، واسبانيا في سنة ١٧٨٢ . وفي غضون النصف الأول من القرن التاسع عشر تنبه الباب العالي لمساوىء الامتيازات واساءة استعمالها وبخاصة بعد أن أصبح غير قادر على تعديلها بمطلق ارادته كما كان مفهوما ، في أول الأمر ، فطالب بالغائها ولكن الدول رفضت ذلك واضطر الباب العالي الى تقرير الامتيازات

(١) وقد تم هذا الامتياز بفضل وساطة تاجر انجليزي يدعى William Hareborne وبدأ بمراسلات بين السلطان مراد خان والملكة اليصابات . ويتبين من مجموعة المراسلات والاتفاق أن هذه الامتيازات تبادلية وأن الغرض منها تسهيل الاتجار وهي في مجموعها على نمط الامتياز الفرنسي الأول . انظر Scott . ٤٦ — ٤٨ حيث يقرر أن هناك خلافا حول نفاذ هذا الامتياز ، فنقل عن الكتاب الفرنسيين ، أن الامتياز الانجليزي الأول قد تقرر وتنفذ في سنة ١٨٥٣ لأنه عند تجديد الامتياز الفرنسي في ١٥٨١ أشير الى حق فرنسا في حماية الرعايا الانجليز ولا يعقل حصول هذه الاشارة اذا كانت انجلترا قد تعاهدت مع الباب العالي . وعلى أية حال فإن هذه الحماية على فرض سبق تقريرها تعتبر منتهية بعقد معاهدة ١٥٨٣ بين الباب العالي وانجلترا . وقد تجدد الامتياز الانجليزي بدوره ولكن مرات التجديد كانت أقل من فرنسا ، ويقول Scott ان السبب في ذلك راجع الى ما كان للفرنسيين من تأثير كبير في نفوس السلاطين بخلاف الانجليز . نفس المرجع ٥٠ وما بعدها حيث يشير الى معاكسة الفرنسيين للانجليز وتوصلهم في أكثر من مرة عند تجديد امتيازهم الى وضع نص صريح يبيح لهم حماية الرعايا الانجليز . ولا شك أن المقصود من هذه الحماية زيادة نفوذ الفرنسيين السياسي علاوة على تحصيلهم لأتاوات ورسوم من التجار الانجليز وراجع Du Rausas . ٣٢ . وما بعدها .

(٢) وقد تم ذلك بفضل مساعدة فرنسا لأن انجلترا كانت قد تمكنت من الحصول على الحق في حماية التجار الهولنديين فلما رأت فرنسا أن في تقرير هذا الحق لانجلترا تدعيا لنفوذها ، عاونت هولندا على استقلالها بامتياز على حدة Du Rausas المرجع السابق ٣٩ و ٤٠ .

(٣) وفي هذا التاريخ تقرر الامتياز الأكبر الروسي وقد سبقته معاهدات أخرى . ويلاحظ أن هذه الامتيازات أصبحت على نمط واحد على الأقل من الوجهة التجارية بفضل وضع الشرط المعروف باسم شرط الأمة الأكثر رعاية . وقد وضع لأول مرة في الامتياز الفرنسي ١٦٧٣ ، وان كان مضمونه متبعا من قبل راجع Scott . المرجع السابق ٧٢ .

للولايات المتحدة سنة ١٨٣٠ على نمط أوسع والبلجيكا في سنة ١٨٣٩ ، والبرتغال في سنة ١٨٤٣ ، وحتى اليونان التي كان يحكمها الباب العالي الى أجل قريب تحصلت على امتيازات لها في سنة ١٨٥٥ . ولقد انتهت هذه المعاهدات الى أن تكون على نمط واحد بفضل وضع شرط الأمة الأكثر رعاية في كل منها .

٥٢٩ — والواقع أن المعاهدات المقررة للامتيازات كانت معاهدات تجارية أكثر منها معاهدات اقامة لذلك لم تكن لها في بداية الأمر أية صبغة سيامية ولقد كان ظهورها طبيعيا لأنها كانت متجانسة مع طبيعة الأشياء في ذلك العهد ولكن بدأت الأحوال في التغير بتغير مبادئ القانون العام في أوروبا . فأصبح الأصل في سيادة الدول أن تكون اقليمية تشمل جميع الأشخاص الموجودين على أراضيها ^(١) ، فمنذ أوائل القرن التاسع عشر شعر الجميع أن الامتيازات ان هي في الحقيقة الاقيود على سلطان الباب العالي وسيادته ، وبعد أن كان الجزء الخاص بتنظيم الاقامة في المعاهدات يقصد به في الواقع تسهيل الاتجار ، انفصلت المعاهدات التجارية منذ سنة ١٨٠٢ عن الامتيازات وأصبحت معاهدات الاقامة وحدها هي لب الامتيازات ومن هنا ظهرت الصبغة السياسية بارزة لهذه المعاهدات ^(٢) .

وانتهزت تركيا فرصة عقد مؤتمر باريس سنة ١٨٥٦ ، فتقدمت

(١) فضصف مبدأ شخصية القوانين أمام مبدأ اقليميتها . قارن Du Rausas . ١ . وما بعدها حيث يشير الى أن المبادئ الحديثة في ذلك الوقت كان من شأنها جعل تنظيم حالة الأجنبي من الوجهة القانونية في اختصاص السلطة الاقليمية دون غيرها . ويعتبر الأستاذ أن هذا المبدأ نتيجة حتمية لوضعية القوانين وللتخلص عن القوانين الدينية التي كان لها جانب كبير من الاعتبار فيما مضى .

(٢) انظر Du Rausas . ١ . ١٠١ وما بعدها حيث يقرر أن صفة الدوام التي لحقت الامتياز الأكبر إنما تنصب على معاهدة الاقامة دون المعاهدات التجارية التي تعتبر وقتية بطبيعتها لأن الظروف التي عملها متغيرة . وأشار الأستاذ أيضا الى أن العرف الآن قد جرى على استعمال كلمة Capitulations للدلالة على معاهدة الاقامة ، أي الاقامة الخاصة بالمسيحيين في دار الاسلام اذ يقال pays hors Chrétienté أو pays de Capitulation .

اليه طالبة الغاء الامتيازات نظرا لأضرارها بمصالح العثمانيين والأجانب واستندت في طلب الغاء على الاصلاحات الكثيرة التي أدخلتها على نظمها التشريعية والقضائية والادارية وأخذها بأسباب المدنية الأوروبية ، اذ أنشأت محاكم مدنية بدلا من المحاكم الشرعية التي اقتصر اختصاصها على مسائل الأحوال الشخصية ، كما أصدرت خط كلخانة سنة ١٨٣٩ الذي سوى في المعاملة بين جميع العثمانيين ^(١) ، وكذلك الخط الهايوني في سنة ١٨٥٦ الذي نظمت به اختصاص مجالس الطوائف غير الاسلامية . ولكن كل هذه الحجج لم تجد فتيلاً بل قوبلت من الدول العظمى بالارتياح وبتصريح أفلاطوني مضمونه أنها مستعدة لتعديل حالة الامتيازات لأنها أصبحت لا تتفق والحالة الجديدة في تركيا ^(٢) ، وانه سيعقد مؤتمر لهذا الغرض في الاستانة للمفاوضة في هذا الشأن ^(٣) . وانتظر

(١) وقد قرئت نصوص هذا الخط الشريف في حفل عام حافل تحت رئاسة السلطان عبد الحميد وحضور رجال السلك السياسي الأجنبي والعلماء والوزراء وكبار الموظفين . وقصد بهذه الفخامة والأبهة الدلالة على حصول حدث عظيم هو المساواة بين جميع رعايا السلطان بغض النظر عن اختلاف دياناتهم . وظاهر أن سلوك العثمانيين لهذه السبيل راجع الى ادراكهم أن في الالتجاء الى المبادئ الوضعية الحديثة منجاة من نظام الامتيازات الذي أصبح ثقيلاً الوطأة عليهم . راجع في تفصيل ما تقدم Du Rausas . ١ . ١٠٨ وما بعدها حيث تجد النصوص نفسها ، وكذلك ١١٢ حيث تجد نصوص الخط الهايوني الصادر في ١٨ فبراير ١٨٥٦ . وقارن Scott . ٧٥ — ٩٠ .

(٢) وهذا ما نسمعه في مصر في السنوات الأخيرة بل ومنذ سنة ١٩٠٦ وما أشبه البلية بالبارحة ! ! وكذلك اعتبرت الأمبراطورية العثمانية بموجب المادة السابعة من معاهدة باريس عضواً في الجماعة الدولية الأوروبية التي تضمن سلامتها . وكل هذا لم يمنع من تجزئة الأمبراطورية العثمانية فيما بعد ! ! راجع بعض تفصيلات عن مؤتمر باريس في Du Rausas . ١ . ١١٧ وما بعدها .

(٣) ويعلل البعض استمرار وجود الامتيازات في الدولة العالية رغم التصريحات السابقة الى الفوارق الهامة بين الحالة القانونية والحالة الواقعية ، اذ يقولون انه رغم النصوص التشريعية السالفة فان الحالة الاجتماعية والفكرية بقيت على ما هي عليه واستدعى ذلك بقاء الامتيازات بالتالي . Du Rausas . ١ . ١٢٠ — ١٢٢ . وادعى البعض انه لا يمكن أن ينتظر من =

العثمانيون انعقاد هذا المؤتمر طويلا حتى تطرق اليأس الى نفوسهم ^(١) ، قنعوا بالاستمرار في اصلاح أنظمتهم الداخلية . وتبينت رغبتهم صريحة في ذلك بثورة سنة ١٩٠٨ التي انتهت بصدر الدستور العثماني في هذا التاريخ . ومنذ هذا الوقت شعرت الدول الأوروبية أن الامتيازات قد أضحت في طريق الزوال ، وبخاصة أن الحكومات التركية المتعاقبة ثابرت على تقديم المذكرات الى الدول ببيان أضرار الامتيازات الشاملة وانها أصبحت أداة لتضييع حقوق الناس والاستهتار بالسلطة المحلية ، الى أن نشبت الحرب العظمى ، فانضمت تركيا الى جانب الألمان ومن ثم أعلنت الغاء امتيازات الدول جميعا أعداء وحلفاء ابتداء من أول اكتوبر سنة ١٩١٤ ^(٢) . ولكن عادت الامتيازات الى الظهور مرة جديدة بعد انتهاء الحرب واحتلال الحلفاء للاستانة ، وذلك بمعاهدة سيفر (مادة ٢٦) . وظهرت هذه المرة لكي تحيا حياة قصيرة ولكي تدفن بعد ذلك نهائيا بمعاهدة لوزان سنة ١٩٢٣ ، فزال نظام الامتيازات العتيق . ولا يسعنا هنا الا أن ننوه بفضل الخطبة القيمة التي ألقاها الوزير عصمت باشا على المؤتمرين فأظهر فيها

= الأمة الاسلامية أن تتطور فتأخذ بالمبادئ الحديثة ولذا لامناس من اتباع نظام خاص بشأن المسيحيين الذين يعيشون لسوء طالعهم في بلاد الاسلام Gaizot في مذكراته . ٧ . ٢٤٠ وأشار اليه Du Rausas . ١٢٢ وليله كان حيا حتى اليوم ليرى فساد تنبؤه في الجمهورية التركية الحديثة .

(١) وعلى عكس ذلك ففي معاهدة برلين ١٨٧٨ وضع نص من مقتضاه الاعتراف بأن المعاهدات المقررة للامتيازات لا يمكن أن تعدل أو تغير الا برضا الدول صاحبة المصلحة . وقد حصلت محاولات بعد ذلك لالغاء بعض الامتيازات بطريقة جزئية وبخاصة ما قام منها على العادات ولكن احتجت الدول قتل المسمى في المهد . قارن رسالة Ouang : ٣٨٥ حيث يشير الى المحاولات العثمانية قبل الحرب ومعلوم أنها جميعا لم تر التوفيق .

(٢) وقد قدمت انجلترا وفرنسا وروسيا وإيطاليا مذكرة احتجاج مشتركة ، أنت لينة في عباراتها اذ أشارت الى التسليم بضرورة تعديل النظام واستبداله بآخر بدلا من الوقوع تحت طائلة التحكم العثماني ! ! ولكن لم يعمل بهذا الاحتجاج وبخاصة بعد دخول تركيا الحرب الى جانب دول الوسط .

معايير هذا النظام واضحة ، وأبان مقدار تغير الظروف اذ أصبحت تركيا دولية ذات ثقافة أوروبية ولها قانونها الوضعي فزال بذلك أساس الامتيازات ، ومما قاله في خطبته « ان احترام اليهود يجب أن لا يؤدي الى الانتحار » .

Le respect des engagements ne doit pas être, par exemple poussé jusqu'au suicide.

ولقد حاول الحلفاء استبقاء نظام الامتيازات مع تنقيحه بحجة أنه من الواجب أن يتمتع الرأسماليون الأجانب بضمانات تشجعهم على البقاء في تركيا واستثمار أموالهم فيها ^(١) ، وانه لا محل للطرفة ! ! وذلك أسوة باليابان . ولكن ذهبت كل هذه المحاولات عبثا وتقرر الغاء هذا النظام الذي ذقت منه الامبراطورية العثمانية الأمرين بالمادة ٢٨ من معاهدة لوزان ^(٢) ، وهكذا أصبحت الجمهورية التركية الفتية طليقة من هذه القيود التي كانت أشبه بارتقافات شديدة الوطأة على سيادتها ^(٣) .

٥٣٠ — ومعلوم أن الامتيازات الأجنبية ما زالت باقية في مصر حتى اليوم في شكلها المزعج الذي انتهت اليه بفضل تسامح الحكومات المصرية في خلال القرن التاسع عشر . ولقد دفعها الى الجرى في هذا السبيل رغبتها في استجلاب عطف الدول الأجنبية لتقهر نفوذ الباب العالي ، وتخرج بذلك من تحت سلطانه ، لا لكي تكون حرة طليقة خالصة السلطان ، كما اشتت ، بل

(١) راجع مقال Maurice Picard وموضوعه "Vers la fin des Capitulations" المنشور في جورنال القانون الدولي . ١٩٢٣ . ٥٧ وما بعدها .

(٢) ويلاحظ انه لم يحدد في المعاهدة تاريخ الالغاء وبذلك حلت صعوبات كثيرة وبخاصة بما يتعلق بسرعة الالغاء الذي تم في سبتمبر سنة ١٩١٤ . قارن Quang . ٣٩٢ .

(٣) ومع ذلك فقد قبلت تركيا بموجب هذه المعاهدة تعيين بعض خبراء قانونيين لمدة خمس سنوات لكي يساهموا في مراقبة الاصلاح الجديد . ومن الجهة الأخرى فقد اتفق على أن الأجانب لا يخضعون فيما يتعلق بأحوالهم الشخصية للمحاكم العثمانية ولا للقانون العثماني بل يخضعون لمحاكمهم في بلادهم ولقانون جنسيتهم الا اذا اتفقوا كتابة على اختصاص المحاكم العثمانية (المادة ١٦ من المعاهدة) .

لكي يتضعع سلطانها أمام الدول الأخرى التي استساغت الغنيمة لقمة باردة .
وهكذا انتهت محاولات الحكومات المصرية في النهاية الى خسران مبین .

المبحث الثاني

في

أساس الامتيازات الأجنبية

٥٣١ — حار الباحثون في معرفة الأساس الذي بنيت عليه الامتيازات .
فذهبوا في تفسير ذلك مذاهب شتى . ومحور الصعوبة في هذا البحث أن الظروف
التي لا بدت تقرير الامتيازات كانت مشوبة بالتعقيد والغموض . اذ انتهت
الامتيازات الى أن تكون قيودا على سلطان الباب العالي فجعلت منه دولة
منتقصة السيادة وفي مركز لا يدانى الدول الأوروبية الأخرى ، فهل معنى ذلك
أن هذه الامتيازات قد فرضت فرضا من الدول القوية على الدولة العلية ؟ هذا
ما ينفيه الواقع كل المناقاة ^(١) اذ أن الدولة العلية عند ما قررت الامتياز الأول
قررتة عن طيب خاطر كدليل على قوتها وتسامحها . فلم يكن منحها مستغربا
وبخاصة لأنها كانت متجانسة كل التجانس مع مبادئ القانون العام المقررة في
هذا الوقت . أو ليست في أصلها تطبيقا سليما لمبدأ شخصية القوانين ؟

٥٣٢ — وقد رأى البعض ^(٢) أن أساس منح الامتيازات يرجع الى

(١) قارن Du Ransas . ١ . ١٨ .

(٢) انظر Féraud-Giraud . ١ . ٢٩ حيث يقرر أن وجود هذه الضمانات أمر لازم
حتى يمكن أن يعيش الأجانب آمنين مطمئنين على أنفسهم وأموالهم في بلاد الفرق . ولما كان
الباب العالي محتاجا الى لقاط هؤلاء الأجانب ، فانه رأى ضرورة تقرير هذه الامتيازات لهم
أسوة بما اتبع في العصور الأولى عند قدماء المصريين والرومان والتبريرين وكذلك ما اتبع الى
وقت حديث عند اليابانيين والصينيين ومملكة سيام . وقد ألغيت الامتيازات في البلاد الثلاث
الأخيرة عند ما تهذبت شرائعها وأصبحت على نخط التشريعات الأوروبية راجع Quang . ٣٦٧
وما بعدها .

الرغبة في تقرير علاقات تجارية بين الباب العالي والبلاد الأوروبية ، أى أن الرغبة في تقرير هذه العلائق هي التي أوجت بوضع نظام الامتيازات حتى يتيسر للأوروبيين أن يتساجروا في بلاد الشرق ، اذ لا يمكن لهؤلاء التعامل ما دامت الأنظمة والعادات مختلفة ، كما أنهم يخشون ارهاقهم بضرائب لا مبرر لها أو اعنائتهم بمعاملة قاسية اذا ما أقاموا في البلاد بقصد الاتجار . ويقول أنصار هذا الرأي ان الباب العالي كان محتاجا لايجاد هذه العلائق التجارية مع الدول الأوروبية رغبة في زيادة موارد أهل البلاد وبالتالي زيادة موارد ، اذ كان ايراد الباب العالي قائما على غنائم الحرب وما يدفعه الذميون وخدمهم من ضرائب ، ولكن عددا كبيرا من هؤلاء اعتنق الاسلام فسقطت عنه الضرائب ، وبذا ضعف دخل الباب العالي فكان لا مناص من البحث عن طريق أخرى لانعاش ماليته فوجده في تقرير الامتيازات ، اذ كانت هذه الأخيرة منحة تعود منها فوائد غير مباشرة على الأهلين والحكام كما أن كثيرا من هؤلاء الأخيرين قد انتهز الفرصة للفوز بجانب كبير من الهدايا والتحف .

والظاهر أن هذا الأساس بعيد عن الصحة اذ لم يكن للباب العالي سياسة اقتصادية مقررة يرمى الى تنفيذها في ذلك العهد ، ومن جهة أخرى فان المسلمين كانوا يأنفون بصفة عامة التعامل مع التجار الأوروبيين ، وأما هؤلاء الآخرون فكانوا يرومون الربح والكسب فقط اذ كان الشرق ميدان منافستهم ونشاطهم . فتقرير هذه الامتيازات كان لمصلحتهم أكثر منه لمصلحة الباب العالي الذي لم يشعر في ذلك العهد بأية صعوبة مالية . وربما كان هذا الأساس صحيحا لبعض هذه الامتيازات دونها كلها ^(١) .

(١) راجع رسالة بهي الدين بركات بك في « امتيازات الأجانب في مصر » . ١٩١٢ .
٣ وما بعدها حيث يفند هذا التفسير بقوله ان نظام الامتيازات في شكل الاعفاء من القضاء المحلي كان موجودا أيضا في أوروبا في ابان القرون الوسطى رغم الاتحاد في الدين والمدنية .

٥٣٣ - ورأى آخرون أن أساس الامتيازات ديني بحث ^(١) ، وذهب بعض أنصار هذا الرأي الى القول بأن اختلاف الدين وحده استدعى حتما تقرير هذه الامتيازات لأن المسيحيين ما كانوا ليقبلوا مطلقا أن تطبق عليهم أحكام الشريعة الاسلامية وبخاصة اذا ما اعتبرنا العداوة التي كانت مستحكمة في ذلك الوقت بين العالمين الاسلامي والمسيحي منذ عهد الحروب الصليبية ^(٢) ، وعندى أن هذا القول بدوره بعيد عن الدقة اذ يقتضى منطق هذا الرأي ضرورة قطع كل علاقة بين المسلمين والمسيحيين لا تقرير امتيازات لهم من جانب المسلمين الذين كانوا أصحاب الكلمة العليا في العالم اذ ذاك ، كما أنه لو كان أساس الامتيازات مجرد الاختلاف الديني لاستدعى ذلك أيضا تقريرها بصفة متبادلة في بلاد المسيحية ، وما كان الملوك المسيحيين في هذا العهد ليرفضوا تقريرها لو طلب اليهم العثمانيون ، نعم ان الامتياز الفرنسي الأول (سنة ١٥٣٠) قرر الامتيازات بصفة متبادلة ، ولكن يظهر أن ذلك لم يكن الا ارضاء لملك فرنسا حتى يتأكد من صداقة الباب العالي . والحاصل عملا أن الأتراك لم يستفيدوا من

(١) ومقتضى هذه النظرية أن الدين الاسلامي لا يقر ايجاد علاقات بين أهل دار الاسلام ودار الحرب ولكن لم يكن في مقدور الدولة العلية لأغراض تجارية أن تتجاهل وجود العالم المسيحي وضرورة تقرير علائق تجارية معه فالتجأت الى نظام الامتيازات لكي تطمئن التجار الأوروبيين وتوفق بذلك بين مقتضيات الدين الاسلامي الذي لا يباح لغير المسلمين الاستفادة من أحكامه والذي ينطوي على افعال غير المسلمين وتركهم يقضون في شئونهم وفقا لأحكام شرائعهم . راجع Fauchille . ٢ . ١٤٢ . وهذه النظرية مهدومة من أولها ، اذ من أركان الدين الاسلامي التسامح مع أهل الكتاب ووجوب القضاء في شئونهم وبخاصة اذا تعاملوا مع المسلمين . انظر قبله ١٦٧ . ويقول الأستاذ Blunthohli برأى قريب من الرأي السابق ومؤداه أن اختلاف الآداب والقوانين أدى الى ظهور الامتيازات ، وعيب هذا الرأي أنه كان من اللازم منطقيا ظهور وتقرير الامتيازات في بلاد الغرب أيضا . انظر مؤلفه المادة ٢٦٩ تعليق . ١ . وعلى ذلك لا يمكن القول بأن العدالة كانت مختلفة في البلاد العثمانية يوم أن تهررت الامتيازات لأن مدينة العثمانيين اذ ذاك كانت في أوج عظمتها .

(٢) فان رسالة Ouang . ١٢ وما بعدها .

والتنقل ، ولم يحملون أنفسهم مشقة السفر والارتحال ما داموا في رغد من العيش في ديارهم ؟ ! ومن الجهة الأخرى فإن الامتياز الفرنسي الأكبر لم يذكر أى تبادل واستقرت الامتيازات في النهاية على أن تكون من جانب واحد .

أزاء هذه الاعتبارات قالت أغلبية أنصار هذا الرأي^(١) بأن مناط الأساس الدينى للامتيازات تنظيم الدولة العلية في ذلك الوقت تنظيماً دينياً بحتاً قائماً على مبادئ القانون العام المقررة في الشريعة الإسلامية . وتوصى هذه المبادئ بترك الكتائبيين وما يدينون ، وبعدم التعرض لهم في شئونهم الخاصة . وقد طبقت هذه المبادئ في أول الأمر في عهد محمد الفاتح على النسيين من رعايا الدولة فتقررت لهم الامتيازات القضائية والتشريعية ، أما من الوجهة المالية فكانوا هم المحملين بالضرائب وبخاصة ضريبة الرؤوس . فلم يكن النسيون معتبرين جزءاً من الأمة العثمانية . وكان من الطبيعي أن تطبق مبادئ القانون العام الإسلامية

(١) ومن أنصاره الأستاذ Du Rausas في مؤلفه ١ . ٢٠ — ٢١ و ٢ . ٢٦٥ وما بعدها حيث يقرر أن الشريعة الإسلامية شريعة دينية منظمة للعلاق المسلمين القانونية دون غيرهم . فهي إذن شخصية بحتة تنطبق على أشخاص معينين تجمعهم صفة واحدة هي انتمائهم إلى دين معين . فهي من هذه الوجهة شبيهة بما يسمى عند الرومان *jus quiritium* الذي ينطبق على الرومان وحدهم .

وقد فند الأستاذ بهي الدين بركات بك في رسالته ٩ . هذا التفسير الذي يقوم في الواقع على جهل بأصول الشريعة الفراء ، إذ الواقع أن الشريعة الإسلامية لا تتخلى مطلقاً عن حكم العلائق القانونية بين المسلمين وغير المسلمين وفي هذا ما يفرقها تفريقاً ظاهراً عن *jus quiritium* الروماني . كما أنها تحكم أيضاً منازعات غير المسلمين وبخاصة إذا ما تراضوا على الترافع إلى القاضي المزعى على حسب التفصيل الذي سبق أن بيناه . راجع قبله ١٦٩ . ويظهر أن قول الأستاذ Du Rausas يتمشى مع ما كان حاصلًا في أوروبا في الماضي البعيد حيث كان الأجنبي مستبعداً في الجماعة التي يعيش في ظلها . مؤلفه ١ . ١٩ — ٢٠ وراجع في تفسير وجود الامتيازات الأجنبية . رسالة بركات بك ١٤ — ١٧ . والتفسير الذي يقول به مستمد من الواقع *empirique* . إذ يقرر أن جهل القضاة المزعين كان السبب في بقاء الاختصاص في أيدي القناصل الأجانب الذين كانوا أقدر على تحقيق العدالة ، وبخاصة لأن أحكام القاضي المزعى كانت قابلة للاستئناف لدى السلطان وهو بعيد ، ونحن لا نوافق على هذا التفسير كما يستفاد من الصلب .

على المستأمنين وهم الأجانب الكتائبون الذين حصلوا على الأمان ، وتقول هذه المبادئ بحق رؤسائهم الدينيين في الفصل في منازعاتهم وفقا لقوانينهم^(١) ، كما تقضى بإعفائهم من الضرائب لأن اقامتهم مؤقتة . فعلى هذا الأساس تقررت الامتيازات ، فلم يقصد اذن سلاطين آل عثمان بتقريرها تحقيق مصلحة تجارية وانما قصدوا فقط تطبيق أحكام الدين الحنيف باعتبار أنهم خلفاء رسول الله في الأرض . وقصارى القول أن تقرير الامتيازات قصد به في الحقيقة تنظيم حالة الأجانب في دار الاسلام تنظيما متفقا مع المبادئ التي يقررها الدين الاسلامي . ولم تكن هذه المعاملة متعارضة تعارضا ظاهرا مع ما كان متبعها فعلا في القسطنطينية قبل الفتح الاسلامي .

٥٣٤ — وعندي أن أساس الامتيازات الأجنبية الصحيح هو الأخذ بمبادئ القانون العام الاسلامية فيما يتعلق بمعاملة الأجانب (المستأمنين) . ولقد كان تطبيق هذه المبادئ في ذلك العهد موقفا كل التوفيق ، لأنها كانت متجانسة مع الأفكار السائدة فيما يتعلق بسيادة الدولة وسيادة قوانينها ، وفوق هذا فان القضاء القنصلي كان مقررا لمصلحة الأجانب حتى في الدول الأوروبية الأخرى ولكنه اختلف فيما بعد بتغير الأفكار وبظهور مبدأ اقليمية السيادة^(٢) ، ولكن مع ذلك ظلت الامتيازات باقية لأن الدولة العلية تمسكت أمدا طويلا بأنظمتها التي بنيت على الأسس الدينية الاسلامية . ومن الحجج التي طالما أدلت بها تركيا تبريرا لطلب الغاء الامتيازات أنها عدلت في أنظمتها الدينية وصبغتها بصبغة وضعية حتى تتماشى بذلك مع المبادئ الحديثة المقررة في القانون العام ، ولكن التعديلات التي أدخلتها كانت جزئية ، وقد انتهى بها الأمر أخيرا الى جعل كل أنظمتها القضائية والتشريعية والمالية وضعية بحيث بعد الغاء الامتيازات

(١) وفقا للتفصيل الذي أسلفناه . راجع قبله . ١٦٩ وما بعدها .

(٢) قارن رسالة Ouang . ٢٥ وما بعدها . وكذلك أبو هيف بك . ١٥٦ — ١٦١ وأيضاً Du Rausas . ١ . ١٨ حيث يشير الى مبدأ السيادة الاقليمية باعتبار أنه آخر حلقات التطور في فكرة الدولة .

فيها^(١) . وكان من الطبيعي أن تلغى الامتيازات في تركيا ما دامت قد تغيرت حالتها وفصلت بين الدين والدولة . فالدولة في وضعها الحديث بعيدة كل البعد عن الأديان التي تخص الأفراد وعقائدهم إذ أنها تكتفي بتنظيم أحوال هؤلاء الأفراد مجتمعين وعلاقتهم مع الدول الأخرى ولذا تضع القواعد التي تراها ملائمة لمصالحهم دون حاجة للتعرض إلى الأديان . ومع ذلك فإن مبادئ القانون العام الحديثة قد أخذت بها في مصر إلى حد كبير ، ولم يبلغ نظام الامتيازات بعد بل سار من سيء إلى أسوأ ، وكل هذا لا ينفى أنه سائر في طريق الزوال . ولا يعوزنا للوصول إلى هذه الغاية سوى الدأب على تحقيقها مع تعهد أنظمتنا القضائية والتشريعية والإدارية على الدوام بكل مستحدث من وسائل الإصلاح حتى تسقط بذلك حجة كل عنيد مكابر .

المبحث الثالث

في

نطاق الامتيازات الأجنبية

٥٣٥ — يظهر من البيانات التاريخية السابقة أن تقرير الامتيازات الأجنبية قد شجع الاتجار في الشرق وحمل التجار الأجانب من تطبيق شريعة دينية لا يرغبون فيها ، وأنه رغم الصبغة السياسية للامتيازات فإن صفتها التجارية واضحة في نصوص الامتيازات القديمة وحتى في الامتياز الفرنسي الأكبر . ولكن مع ذلك فإن نطاق الامتيازات قد امتد وتوسع وادعى الأجانب لأنفسهم حقوقاً أكثر مما نصت عليه المعاهدات ، وساعدهم على ذلك ضعف الدولة العلية وتسامح الحكومات المصرية ، وقد تدخلت المحاكم المختلطة مراراً كي تخفف

(١) وقد تعهدت تركيا في معاهدة لوزان أن تطبق على العلائق القانونية الأجنبية تعريفاً يتفق مع أصول المدنية الحديثة .

من حدة الاعتداءات المتوالية من جانب الأجانب وقنصلهم على السيادة المصرية .

٥٣٦ — ومن نصوص الامتيازات ما يتعلق بتنظيم اقامة الأجانب^(١) في بلاد الاسلام ، ومنها ما يتعلق بمسائل التجارة . والقسم الأول منها أكثرها أهمية وبخاصة بعد أن انفصلت المعاهدات التجارية عن معاهدات الإمتيازات في سنة ١٨٠٢ .

٥٣٧ — وأول من تضمنه الامتيازات للأجانب حق الإقامة والتنقل في داخل الإمبراطورية العثمانية^(٢) . وظهر أن تقرير هذا الحق مقصود به تسهيل الاتجار ، فللأجانب التنقل سواء كان ذلك بطريق البر أو بطريق البحر . وقد استتبع هذا الحق الاعتراف لهم بحرية الملاحة^(٣) في المياه العثمانية سواء كانت

(١) ويسيه المرحوم أبو هيف بك « الجزء التنظيمي » . مؤلفه ١٦٣ وقارن Du Rausas . ١ . ٩٨ — ١٠٤ حيث تجد مفصلا التطور المشار اليه . وعلى أية حال فإن أم ما يلاحظ في الامتياز الفرنسي (١٧٤٠) أنه جاء محققا لأغراض ثلاثة . أولا : التصديق أو تجديد الامتيازات السابقة عليه . ثانيا : تقرير ميزات جديدة للفرنسيين ، تجارية وغيرها . ثالثا : أنه جعل هذه الحقوق غير محدودة الأجل . راجع رسالة George Meyer وموضوعها L'Egypte contemporaine et les capitulations باريس ١٩٣٠ . ٥٥ .

(٢) وقد تقرر هذا الحق في جميع معاهدات الامتيازات . انظر Du Rausas . ١ . ١٣٣ وما بعدها حيث تجد النصوص المقررة له بغير قيد أو تحديد . وقد رأينا أن الدول في الوقت الحاضر تحظر على الأجانب الإقامة أحيانا في مناطق معينة تحقيقا لأغراض متعلقة بالسلامة أو بالأمن . وقارن Scott ١٥١ — ١٥٣ حيث يشير الى مختلف النصوص العثمانية والمصرية القديمة (عهد قايتباي) والواقع أنه لم يكن هناك من قيد على الأجانب في دخولهم أو تنقلهم في الإمبراطورية العثمانية سوى حمل جواز سفر وتذكرة teskérés تفيد الاذن بالتجول (مادة ٦٣ من الامتياز الأكبر) وبعبء عن الشك أن الدول الأجنبية يمكنها أن تنظم إقامة رعاياها في داخل الإمبراطورية العثمانية فتضع لذلك ما تراه لازما من القيود .

(٣) وقد انتهى الأمر الى الحد من حرية الدولة وسلطانها في داخل موانئها فأنتهى مجلس دولي للسكرتيريات والصحة البحرية ، وقد انتهى أمره في تركيا بإلغاء الامتيازات وما زال موجودا عندنا الى الآن . وراجع بالنسبة لحرية المرور في مضيق الدردنيل فيما مضى

الملاحة برية أو بحرية . وحرية الأجانب في الإقامة والتنقل واسعة وغير مقيدة بقيود كما هو الحال في البلاد الأوروبية المتمدينة ، ولا شك في خطورة ذلك على الأمن العام في الدولة لما يحتمل من اساءة استعمال هذا الحق من جانب أشرار الأجانب بعد أن زالت القيود التي كانت مقررة في العهد الأولي لمنح الامتيازات^(١) . وقد كانت مصر مفتوحة الأبواب حتى نشوب الحرب ، يؤمها الأجانب أخيارهم وأشرارهم على السواء فيجدون فيها ملجأ ورزقا وميزات لا يجدونها في بلادهم لأن خضوعهم للسلطات المحلية ضئيل جدا كما أن خضوعهم لسلطاتهم القنصلية غير منتج في العادة^(٢) . أما بعد الحرب فأصبح دخول مصر مقيدا بالحصول على تأشيرة visa بذلك من قناصل الدولة المصرية في الخارج أو من ممثل إنجلترا عند عدم وجود تمثيل قنصلي مصري في أراضي الدولة المطلوب فيها الاذن بالدخول الى مصر .

وليس القناصل المصريون مطلقا الحرية في اعطاء التأشيرات أو رفضها بل يتقيدون بتعليمات خاصة ، وكثيرا ما يرجعون الى وزارة الداخلية قبل اعطاء تأشيرة لشخص مشتبه في أمره .

٥٣٨ — ومما يتصل بحق الإقامة والتنقل حق الحكومة في ابعاد الأجانب فهل تتمتع الحكومة المصرية بهذا الحق أسوة بالدول الأخرى أو أثرت فيه معاهدات الامتيازات ؟ ضمنت الامتيازات للأجانب حق الإقامة ، ولكن

(١) وهذه القيود كانت تضعها الدول الممتازة نفسها حتى لا تثير غضب الباب العالي فلما اشتد به الوهن زالت هذه القيود راجع في ذلك Du Ransas . ١ . ١٦١ وما بعدها وسنعرض فيما بعد لحق القناصل الأجانب في طرد رعاياهم من الأمبراطورية العثمانية .

(٢) والاعتراف بحق الإقامة للأجانب المتأزمين يستتبع حتما حق دولهم في تعيين قناصل لها في البلاد التجارية الكبرى كما يتولوا الفصل في شئون رعاياهم وحمايتهم ضد السلطات المحلية عند الحاجة Scott . ١٥٤ وقارن Du Ransas . ١ . ١٣٢ حيث يشير الى بعض المضايقات التي كانت تصيب أفراد الجالية الفرنسية في مدينة القاهرة . أما الآن فتنهال المضايقات على المصريين دون رادع كاف اذ قد يعتدى الأجنبي على المصري اعتداءا شائنا ومع ذلك اذا قدم لقنصلية فيندر أن يلقى جزاءا كافيا نظرا للصعوبات الكثيرة المتعلقة بالتحقيق والمحاكمة .

المراد الإقامة العادية الهادئة لا الإقامة الضارة الخطرة ، فإذا ثبت أن وجود الأجنبي تعكيراً لصفو الأمن ولراحة القطن فمن الطبيعي أن يكون للحكومة المصرية الحق في إبعاده .

ولكن لم يجر العمل بذلك في مصر^(١) ، فمنذ زمن قديم أصدر ملك فرنسا أمراً في سنة ١٦٨١ الى قناصله في البلاد الاسلامية يبيح لهم إبعاد الفرنسيين اذا ساء سلوكهم وبشرط أخذ رأي نائب الأمة^(٢) *deputé de la nation* ، ونحت الدول الأجنبية نحو فرنسا ، فلم يكن اذن للسلطات المصرية الحق في الإبعاد ، وكان من المشاهد أن القناصل يتراخون في استعمال هذا الحق^(٣) ، فيتركون أشرارهم يعيشون في البلاد فساداً مما اضطر الحكومة المصرية منذ سنة ١٨٦٦ الى أن تتداول مع القناصل في هذا الشأن . فتم الاتفاق على أن يكون للحكومة المصرية الحق في أن تطلب *provoquer* إبعاد الأجانب الخطرين على النظام والأمن ، ولكن لا بد في النهاية من رضا القنصل المختص !! أو تحكيم لجنة

(١) وكذلك كانت الحال في الأمبراطورية العثمانية القديمة . ويلاحظ أن معاهدات الامتيازات لم تحو نصاً يمنع الدولة العلية من استعمال حقها في الإبعاد كسائر الدول الأخرى ورأينا أنه لم يكن مقصوداً بتقرير الامتيازات وضع الباب العالي في مركز أدنى من الدول الأوروبية ولكن رغم ما تقدم جرى العرف على ترك حق الإبعاد للقناصل بالنسبة لرعاياهم .
 فارن Du Rausas . ١ . ٢٦٣ حيث يقرر أن حق القناصل في إبعاد رعاياهم عمل سيادة لحساب دولهم ولا يقومون به لصالح الدولة العلية أو بتفويض منها !! .

(٢) ويعتقضى هذا النظام للفرنسيين المقيمين في الديار العثمانية « في مضر الآن » الحق في أن ينتخبوا نائبا عنهم يمثلهم قبل السلطات الفرنسية . وهكذا لا يحرم الفرنسيون المقيمون في مصر من التمثيل النيابي ، أوليس لهم قضاؤهم وتشريعهم في مصر فلم لا يكون لهم برلمانهم ممثلاً في شخص هذا النائب ؟ أوليست الجالية الفرنسية في مصر دويلة فرنسية صغيرة امتداداً لدولة فرنسا الكبرى داخل الأراضي المصرية ؟ .

(٣) ولكن اذا خالف الأجنبي أوامر أو نواهي دولته فلقنصل الحق في إبعاده دون قيد أو شرط فيصح حصول الإبعاد شفوياً وبدون ابداء أسباب !! هذا خلاف حق الإبعاد بسبب سوء السلوك *Conduite scandaleuse* الذي أشرنا اليه Du Rausas . ١ . ١٦٤ ونوجه الأنظار بهذه المناسبة الى أن للقناصل الحق في سن لوائح تسرى على مواطنيهم . راجع تفصيلات شيقة نفس المرجع وما بعدها ٢٥١ .

مؤلفة من تسع قناصل عند الاختلاف^(١) !! واستمرت الحال على سوتها ، الى وقت انشاء المحاكم المختلطة ، التي أعطت للحكومة سلطة ابعاد الأجانب اذا وجدت أسباب تدعو لذلك وبدون حاجة لرضاء القناصل ، وفسرت نصوص الامتيازات تفسيراً متفقاً مع هذه النتيجة ، اذ أنه لم يقصد قط بتقريرها أن تكون « مصر » ملجأ للأشرار والجرمين من الأجانب انما قصد بها تشجيع الاتجار ، هذا من جهة ومن جهة أخرى فان الابعاد ليس عقوبة جنائية ، ومعلوم أن الامتيازات ترمى الى اخراج الأجانب عن اختصاص السلطات القضائية (المحلية) .

وعلى أية حال فليس للسلطات المصرية أن تقبض على الأجانب الا باذن من القنصل المختص . ويستغنى عن هذا الاذن في حالة ما اذا ضبطوا متلبسين بجرائم ، وعندئذ يحضر محضر ويرسل الى القنصل المختص مباشرة ، ولهذا الأخير حق التصرف حسبما يراه .

٥٣٩ — وتضمن الامتيازات للأجانب أيضاً حرمة المسكن *Inviolabilité du domicile* فالأجنبي لا يخضع لسلطان الحكومة المصرية سواء داخل مسكنه أو خارجه . فلا يمكن للبوليس أن يدخل مسكنه للقبض عليه حتى لو كان قد ارتكب جريمة في خارجه متلبساً بها . فلو فر الأجنبي أمام الجمهور الذي يتعقبه ، واعتصم هذا الأجنبي بمسكنه فلا يمكن للبوليس الدخول فيه الا اذا استعان بالقنصل أو بمندوبه (المادة ٧ من امتياز سنة ١٧٤٠)^(٢) . وكثيراً ما استعمل هذا الحق — قبل انشاء المحاكم المختلطة — لتعطيل تنفيذ

(١) راجع أبو هيف بك ١٦٩ — ١٧٠ وقاموس القضاء والادارة لجلاد بك النسخة الفرنسية . ٢ . ٦٥٤ حيث تجد نصوص هذا الاتفاق . راجع في قضاء المحاكم المختلطة *Lamba* . ٤٨ وما بعدها .

(٢) واذا رجعنا الى نص هذه المادة وجدنا أنه يمنع البوليس من الدخول في منزل الأجنبي بدون داع أما في الأحوال الأخرى فيلزم اخطار السفير أو القنصل . والسادة على هذا الوجه تطبيق للمبادئ العامة في الحرية الفردية ، الا انه تقرر بها أيضاً ضرورة اخطار القنصل حتى في أحوال الضرورة ووجود ما يدعو لسخول منزل الأجنبي . فالبدأ سليم ولكن تطبيقه خطير . قارن رسالة بركات بك . ١٣٩ وما بعدها .

الأحكام الصادرة ضد الأجانب . وعلى العموم فإن اقتحام دار الأجنبي مسألة معقودة برضاء القنصل ان شاء قبل وان شاء رفض ، وليس للمجنى عليه مصريا كان أو أجنبيا الا أن يتحرق غيظا أو يلجأ الى الانتقام لنفسه . وقد حاولت تركيا أن تتخفف فيما بعد من مصائب حرمة المسكن ف عقدت مع الدول ^(١) Protocole Bourée في ٩ يونيه سنة ١٨٦٨ وأبيح بمقتضاه للسلطات العثمانية أن تدخل دار الأجنبي في أحوال خاصة . وهى حالة الاستعجال *urgence* أو ارتكاب الأجنبي أو الوطنى لجرائم ضارة بسلامة الدولة أو جرائم خطيرة جدا ، كالقتل أو نحوه ، مما ذكر في صلب الاتفاق . ولا يحتاج هنا البوليس لاستصحاب القنصل أو مندوبه اذا كان منزل الأجنبي على مسيرة ٩ ساعات أو أكثر من منزل القنصل ! ! كما أبيح الدخول في أحوال الاستغاثة من الداخل . وقد عرف البروتوكول منزل الأجنبي بأنه محل سكنه وحديقته وتوابعه الخ . ولكن جرى العرف في مصر على التوسع في التفسير ف شمل سكن الأجنبي كل ما يملكه الأجنبي ولو لم يكن مسكنه بالفعل ، فلا يمكن دخول محل التجارة ^(٢) . . . ! ولم يفد احتجاج الحكومة المصرية فيما بعد . وقبلت حرمة المسكن بعض القيود من هذه الوجهة الأخيرة ، وذلك بالقانون الخاص بإنشاء المحلات العامة لأنها داخلة

(١) اسم السفير الفرنسى في تركيا وقد وافقت الدول الأخرى على هذا البروتوكول ، وكان ذلك نظير التصريح لرعاياها بتملك العقارات ! وهكذا العلائق الدولية أساسها « اعطيك *donnant donnat* . وعرف المسكن في البروتوكول على الوجه الآتى :

« La maison d'habitation et ses attenances, c'est à dire les communs, cours, jardins et enclos contigus à l'exclusion de toutes les autres parties de la propriété » والاتفاق منشور في Young . ١ . ٣٤١ — ٣٤٥ و Du Rausas . ١ . ٤٧٧ . وبالنسبة للنص العربى راجع أبو هيف بك . ١٧١ . هامش (١) . و Lamba . ٤٠ وما بعدها .

(٢) انظر Scott . ١٥٦ حيث يشير الى حادثة مشهورة اعتبرت فيها قرة Cabin الأجنبي على ظهر المركب مسكنا لا يصح الدخول فيها الا بحضور القنصل أو مندوبه وكذلك Du Rausas . ١ . ٤٧٥ وما بعدها حيث تجد النصوص مشروحة .

ضمن مخالفات البوليس^(١) .

ولم تقف حرمة المسكن عند حد حماية الأجنبي في شخصه بل تشمل أيضا كل من اعتصم به ، فالجرمون من سائر الجنسيات الأخرى ومن المصريين أنفسهم يمكنهم أن يتهربوا من السلطات المصرية اذا ما أكرم وفادتهم أجنبي مجرم على شاكلتهم من رعايا الدول أصحاب الامتيازات ، وذلك في انتظار حضور القنصل أو مندوبه ، ولا شك وقتئذ في احتمال ابتداء طرق ووسائل للفرار من وجه العدالة . ويحصل في بعض الأحيان أن يلزم حضور قنصلين اذا كان المجرم من جنسية أخرى خلاف جنسية صاحب المسكن ، فيصرح قنصل بدخول المسكن ويصرح القنصل الآخر بالقبض على المجرم اذا لم يكن متلبسا .

وفي النهاية فانه يباح دخول مسكن الأجنبي اذا أباحت ذلك لوائح مخالفات البوليس كمخالفات التقطير أو المحلات العمومية الخ .

ولقد حاول البعض أن يرد حرمة المسكن الى فكرة الخروج عن الاقليم ، ولكن هذا التعليل خاطيء اذ يؤدي الى نتائج غريبة منها اعتبار الأجنبي المولود في مصر كأنه مولود في بلده الأصلي . وعلى هذا الأساس اذا اعتصم مجرم بداره فلا بد للقبض عليه من تقديم طلب تسليم extradition وغير ذلك من النتائج الغريبة التي لا تجعل لهذه الفكرة أى وزن هنا .

وغنى عن البيان أن حرمة المسكن ترتفع في الأحوال التي يرضى فيها الأجنبي بدخول منزله^(٢) ، وهيئات أن يسمح بذلك الا اذا كان آمنا مطمئنا . ومن المؤلم أن تقرر هنا أن امتياز حرمة المساكن قد أسيء استعماله الى حد

(١) وقد أفادت حرمة المسكن أخيرا أصحاب المحلات العمومية الأجنبية ، في استبقاء ماكينات الألعاب الأمريكية داخل محالهم آمنين تعرض البوليس رغم صدور قرار من وزير الداخلية بمنعها ، فالقرار سار على المصريين دون الأجانب ١١ .

(٢) وتحرم الدول الممتازة على رعاياها عادة بطريقة صريحة التنازل عن مزايا الامتيازات الأجنبية قرن Du Rausas . ١ . ٤٧٩ . وراجع في تفسير فكرة مجاوزة الاقليم extra-territorialité المشار اليها في الصلب مؤلف Lamba . ٦٠ وما بعدها حيث يتخذها .

لا يطاق كما يقول بذلك المسئولون عن الأمن في مصر . والواقع أن وجوده يتنافى كل المنافسة مع سلطان الدولة المصرية . ونعتقد أن هذه المساوىء كلها ستكون أدواتنا في سبيل التخلص من ربة الامتيازات برمتها .

٥٤٠ — وتقرر الامتيازات للأجانب حرية التجارة ، وهي بيت القصيد من الامتيازات ، وقد استدعى تقريرها تقرير كل الميزات السالفة لضمان التمتع بها . وقد ورد النص بشأنها في امتياز سنة ١٧٤٠ الذي قضى على كثير من القيود السابقة بشأنها^(١) . ولكن قيدت هذه الحرية بالمعاهدات التجارية التي عقدها الباب العالي مع الدول الأخرى^(٢) ، وكذلك تعدلت بموجب المعاهدات التي عقدتها مصر ، بعد أن تقرر لها هذا الحق بالقرمان الصادر في ١٨٧٣^(٣) ، ومقتضى القيود التي أوردتها المعاهدات السالفة أن للحكومة الحق في منع تصدير أى صنف تريد^(٤) بشرط أن يكون المنع عاما ، وكذلك لها أن تمنع تصدير الأشياء

(١) وترمى نصوص هذا الامتياز الى ازالة العقبات من وجه التجار الأجانب هذا من جهة ومن جهة أخرى تنظم كيفية المعاملة الجمركية . انظر Du Rausas . ١ . ١٧٣ حيث يقرر أن هذا التنظيم الأخير صادف تعديلات كثيرة . وكان من المعتاد في العهد السابق على تقرير الامتيازات على النمط السالف أن تحصل الضريبة الجمركية عدة مرات على الشيء الواحد .

(٢) وكانت تجري معاهدات الامتيازات في البداية على تحديد البضائع التي يجوز فيها الاتجار أى التي يجوز استيرادها . ولكن تحولت الأمور بعد ذلك فأصبح المنع هو الاستثناء والاباحة القاعدة . قارن Du Rausas . ١ . ١٨١ حيث يشير الى أن أغلب الأشياء الممنوع تصديرها كانت من المحصولات الزراعية اذ لا يجوز تصديرها الا في أوقات الرخاء .

(٣) وقد قرر فرمان ١٨٦٧ حق مصر في عقد الاتفاقات الجمركية ثم امتد هذا الحق فشل المعاهدات التجارية على العموم في سنة ١٨٧٣ انظر Scott . ١٦٤ حيث يشير الى طائفة من المعاهدات التي عقدتها مصر وفقا لأحكام هذا فرمان .

(٤) فهل تدخل في ذلك الأشرطة السينمائية المزينة بسمعة مصر وكرامتها ؟ نعتقد أن المنع في هذه الحالة أساسه سلطة البوليس العليا la haute police داخل حدود الدولة محافظة على مصالحها الرئيسية وأن منع التصدير في هذه الحالة مشروع وغير مقيد بأي قيد ما ، ما دام بعيدا عن التحكم ، وليس للمتظم الا الالتجاء الى الوسائل السياسية دون المحاكم المختلطة لأن العمل هنا عمل سلطة يخرج عن اختصاصها .

الأثرية ، وكذلك أن تمنع الاتجار في بعض أصناف معينة أخرى كالدخان والحشيش واستيراد الأسلحة الخ^(١) . وقد عقدت مصر جملة معاهدات تجارية وبخاصة في هذه الآونة الأخيرة أي بعد صدور التعريفة الجمركية في سنة ١٩٣٠ وسأعود الى الكلام في هذه المسألة مرة أخرى عند بحث الامتياز المالي .

وعلى العموم فإن للأجانب احترام ما شاء لهم من المهن الحرة في مصر ! ما عدا بعض القيود الضئيلة التي تقرر بقوانين خاصة لا بد من موافقة المحاكم المختلطة عليها ، كالقانون الخاص بممارسة الطب الصادر في سنة ١٩٢٩ ، وقد حتم هذا القانون امتحان الأطباء الحاملين لشهادات أجنبية مصريين كانوا أو أجانب وذلك حماية للصحة العامة ، أما قبل ذلك فكان احترام الطب بلا ضابط ولا مراقبة ما دام الشخص حاملا لشهادة أجنبية أيا كانت . . . !

٥٤١ — وتضمن الامتيازات للأجانب حريتهم الدينية فلم يتمتع بحرية العقيدة وحرية التعبد^(٢) ، وأساس هذا الحق التسامح الاسلامي ، فللأجانب أن ينشئوا دورا للعبادة ، ولكن ليس لهم أن ينظموا مواكب دينية في الطرقات خشية إثارة البغضاء في نفوس بعض الدهماء والعامة ، كما أن لهم أن يبنوا الكنائس ودور العبادة ، وكثيرا ما تمنحهم الحكومة أراضى لهذا الغرض . ومع ذلك فقد لوحظ أن الأجانب قد أساءوا استعمال هذا الحق فنصبوا من أنفسهم مبشرين كأنهم في بلد لا دين لأهله واستعملوا في سبيل ذلك وسائل لا تسلم من اللوم رغبة في اغراء جانب من السكان على اعتناق الدين المسيحي ، أو مذهب معين

(١) انظر Du Rausas المرجع السابق نصوص معاهدة ٢٩ ابريل ١٨٦١ مع فرنسا وبخاصة نص المادة ١١ ونص المواد ٣ — ٩ بشأن حق الفرنسيين في التجارة الداخلية .

(٢) قارن Du Rausas . ١ . ١٩٠ وما بعدها حيث أورد النصوص الخاصة بذلك وبما تقرر بهذه النصوص حق الأجانب رعاية الدول الممتازة أو من يستظل بظلها في زيارة الأماكن المقدسة وأشار أيضا الى الشروط اللازم توافرها لاعتناق المسيحي الأجنبي الاسلام وأخصها حضور شهود يثبتون أن المسيحي قد اعتاد حقيقة القيام بفروض الاسلام . ويقولون ان الغرض من هذه الشروط منع اكراه الأجانب على اعتناق الاسلام (هكنا) ! !

فيه . ودعا كل ذلك الى اثاره القلق في نفوس المصريين في كثير من الأحيان^(١) .
هذا ولا يسوغ للأجانب بمقتضى نصوص الامتيازات الأصلية أن ينشثوا
كنيسة الا بترخيص من الباب العالي^(٢) ، ولكن في مصر عملا بالتسامح المعتاد
لا داعى للحصول على هذا الاذن^(٣) .

٥٤٢ — وظاهر أن الميزات السابقة التي تقررت للأجانب تخرجهم عن
سلطان الحكومة . فسلطان الحكومة الادارى مشلول بالنسبة لهم ، وكذلك
الحال بشأن سلطانها السياسى . والواقع أن الضمانات السابقة متعلقة بالقانون العام
لأنها تورد قيودا على سلطان الحكومة فيما يتعلق بالقانون العام ، فتحد من
سلطانها الادارى ، وكذلك من سلطانها المقرر بمقتضى قواعد القانون الدولى العام
كدولة متمتعة بالسيادة . فليس بصحيح اذن ما ذهب اليه الأستاذ الزينى من
أن الامتيازات السابقة ما عدا حرمة المسكن لا توصف بأنها امتيازات بل انها
حقوق عامة مضمونة للأجانب جميعا ممتازين أو عاديين وأن أساسها قواعد القانون
الدولى العام والنصوص الدستورية المصرية^(٤) .

(١) وما زالت الحركة التي قامت ضد معاهد التبشير في صيف سنة ١٩٣٣ قرية الى
الذهن . وقد طلب من الحكومة اذ ذاك أن تتدخل لحماية رعاياها ضد أعمال بعض الهيئات
الدينية ، ومع ذلك لم تتمكن الحكومة من اتخاذ أى اجراء ايجابى في هذا الصدد لتقيد
سلطانها بموجب الامتيازات كما يقولون ، واكتفت بأن حصلت على وعود من جانب هذه
الهيئات بعدم العودة الى ارتكاب هذه الأعمال الشائنة مرة أخرى . فان عادت فإذا يكون
الجزاء ٢٢ .

(٢) انظر Du Rausas . ١ . ٢٠١ . ويصدر الترخيص في شكل فرمان ، ويلزم
حتمًا في حالة الاصلاح أو التجديد . وعلى أية حال فان الباب العالي لم يرفض اعطاء هذا الاذن
الا في النادر من الأحوال وبخاصة عند ما يكون عدد المتعينين الى المذهب الدينى قليلين .

(٣) انظر Scott . ١٦١ — ١٦٢ حيث يشير الى الحق في مرور مواكب الجنائزات
في الطرقات العامة دون قيد أو شرط ، وكذلك عدم وجود قيد بالنسبة لبق أجراس
الكنايس .

(٤) راجع مذكراته . ٢٧٨ حيث يشير الى نصوص الدستور المصرى المقررة للضمانات
السابقة بالنسبة للمصريين .

٥٤٣ — تلك هي حالة الأجانب من وجهة القانون العام أو بعبارة أخرى من حيث الحقوق العامة ، أما من حيث القانون الخاص فقد ضمنت معاهدات الامتيازات لهم مركزا ممتازا ، فخرجوا عن السلطتين القضائية والتشريعية الإقليمية على الوجه الذي سنبينه حالا .

٥٤٤ — أبحاث الامتيازات للمحاكم القنصلية الاختصاص بنظر المنازعات الخاصة بين رعاياها ولها أن تستعين بالسلطات المحلية في سبيل تنفيذ أحكامها^(١) ، ومع ذلك فكان للقاضي الشرعي الحق في أن يفصل في تلك المنازعات لو تراضى الطرفان على رفع دعواهم اليه وقد تقرر ذلك في الامتياز الأول وكذلك في الامتياز الأكبر ، وظاهر أن في ذلك موافقة تامة لمبادئ الشريعة الفراء . أما القوانين التي كانت تطبقها المحاكم القنصلية فهي قوانين بلادها مع بعض تعديلات تصدر في تشريعات خاصة تسمى بالقوانين القنصلية lois consulaires ويراعى في أحكامها ظروف الزمان والمكان . كما أن القناصل أنفسهم كان لهم أن يصدروا لوائح بوليس^(٢) (خاصة برعاياهم) .

والمحاكم القنصلية هي محاكم أول درجة فالاستئناف جائز أمام محكمة أخرى في بلاد الأجنبي الأصلية !! ولكن وجدت بعض الدول مع ذلك أن من الأصوب إنشاء محاكم استئنافية في داخل الديار العثمانية^(٣) .

أما المنازعات الخاصة بين الأجانب مختلفي الجنسية فكانت ترفع الدعوى

(١) وكان من الطبيعي إيجاد محاكم للنظر في العلاقات القانونية الخاصة بالأجانب ما دامت الحقوق السالفة قد تقرر لهم . فالاختصاص والقانون من شأن المحاكم القنصلية تطبيقا لمبدأ شخصية القوانين انظر Du Rausas . ٢٠٤ حيث تجد نصوص الامتيازات الخاصة بهذا الشأن وفي الاصطلاح الفرنسي immunité de juridiction . وانظر قبله ١٧٤ .

(٢) كان يصدر لأئمة خاصة بضرورة قيد المواليد في القنصلية أو التبليغ عن الوفايات من رعاياه . . . الخ . . .

(٣) كالليونان وإنجلترا .

برضا الطرفين اما الى قناصلهم مجتمعين أو الى القضاة الوطنيين^(١) . فاختصاص الجهتين مبنى على التحكيم والرضا . وكان القناصل يبذلون جهدهم للتوفيق بين الطرفين لأنه كان من النادر أن يحتكما الى القاضى الشرعى . فلما وجد القناصل هذا العمل مرهقا ، أنشئت مجالس مختلطة تؤلف من ثلاثة قضاة منهم اثنان من جنسية المدعى عليه وواحد من جنسية المدعى ولم يكن من المتيسر دائما تأليف هذه المجالس ولذلك اختفت . وظهرت فى سنة ١٨٦٢ قاعدة معروفة فى أوروبا وهى « المدعى يسعى الى محكمة المدعى عليه » فطبقت فى داخل الأمبراطورية العثمانية واستمرت فيما يتعلق بهذا النوع من المنازعات حتى الغاء الامتيازات فى تركيا .

أما اذا كان النزاع حاصل بين أجنبى وعثمانى^(٢) فالقاضى العثمانى هو المختص بنظره ولكن بقيود ثلاثة أولا — حضور مندوب من القنصل . ثانيا — أن لا يقبل الاثبات بالشهادة . ثالثا — أن القضايا التى تزيد قيمتها عن ٤٠٠٠ اسير (حوالى ٧٥٠٠ قرش ١١) ترفع أمام المجلس الأمبراطورى

(١) انظر مؤلف Lamba المعنون « La condition juridique des européens en Egypte »

١٨٩٦ . ٦٧ وما بعدها المادة ٥٢ من الامتياز الأكبر وتطوراتها .

(٢) وهذه العلائق المختلطة كانت نادرة جدا على الأقل فى بداية تقرير الامتيازات لأن الأجانب كانوا يعيشون بعيدين عن العثمانيين لهم أحياء وم التى تقفل عليهم فى المساء وتفتح فى الصباح . وكان أغلب المعاملات التجارية يحصل بهذا وفورا ، ولكن عند ما بدأ التعامل الأجنبى فى الانتشار نشطت العلائق المختلطة . وكان من المعتاد عند قيام النزاع بشأنها أن يحل وفقا للطرق الودية . وتتلخص الاجراءات فى أن يقدم الأجنبى الشاكي الى قنصله شكواه مفصلة فيذهب القنصل أو مندوبه لدى القاضى ، الذى يبدأ بالتحقيق مع العثمانى بحضور القنصل أو مندوبه وغالبا يتم الاتفاق بين السلطتين على تقرير حل للنزاع دون حاجة لاتخاذ اجراءات قضائية بالمعنى الحقيقى . انظر Du Rausas . ١ . ٢٠٥ — ٢٠٨ حيث يقرر أن نصوص الامتيازات تؤيد ما تقدم .

باستامبول^(١) . ولم يكن هذا المجلس محكمة بالمعنى الحقيقي بل كان أقرب الى مجلس سياسى تسمع فيه أقوال القنصل ، وكانت أحكامه فى أغلبها محاضر صلح وتوفيق .

وفى سنة ١٨٧٢ أنشئت فى تركيا محاكم نظامية مدنية خلاف المحاكم الشرعية ، تطبق الأحكام المذكورة فى المجلة كما أنها استعانت ببعض أحكام من قانون نابليون . وتبع ذلك انشاء محاكم تجارية مختلطة تطبق القانون التجارى التركى الذى نقل عن التشريع الفرنسى وسمح فى هذه المحاكم بوجود قضاة محلفين أجنبى من جنسية الأجنبى الموجود فى الدعوى^(٢) .

وأعطى للمحاكم القنصلية^(٣) الحق فى الحكم فى الجرائم التى يرتكبها رعاياها

(١) ولا يخفى ما فى ذلك من حرج مما دعا فيما بعد الى الخروج عن الأحكام المقررة بنصوص الامتيازات واتباع أحكام أخرى أقرتها العادة حسبا سنفصله فيما بعد . كما أنه لا يخفى من الجهة الأخرى أن تقرير الاختصاص للقاضى مناه تطبيق أحكام الشريعة الفراء فلم يكن هنا محل اذن لاتباع قواعد تنازع القوانين التى كانت معروفة فى أوروبا فى ذلك الوقت لما هو معلوم من وجود التلازم بين الاختصاص القضائى والاختصاص التشريعى . ومن الغريب أن يقبل الأوروبيون بسهولة هذا المركز القانونى لرعاياهم ولكن يظهر أن العلة ترجع الى ضالة المعاملات والعلائق القانونية بينهم وبين المسلمين قارن Du Rausas . ١ . ٢١١ وما بعدها .

(٢) وأنشئت هذه المحاكم بفضل قانون « التنظيمات » وبدأت عملها فى سنة ١٨٤٦ مع أنها كان المفروض أن تبدأ ذلك العمل فى سنة ١٨٣٩ . Scott . ١٩٣ . وكانت تؤلف من قاض وأربعة من المحلفين منهم اثنان من الأجانب .

(٣) ويملك القنصل وحده حق الفصل نهائيا فى المخالفات أما فى الجرائم الأخرى فيعاونته محلفون عادة وحكمه ابتدائى . ومن الغريب أن كل حكم بالحبس يمكن استبداله بغرامة مالية بواقع ١٠ فرنك عن كل يوم قارن Féraud-Giraud . ٢ . ٤٣٣ و Lamba . ٤٠ بالنسبة للقضاء القنصلى الفرنسى . ويلاحظ أن اختصاص القضاء المحلى يشمل الجرائم التى تقع فى حدود الامبراطورية العثمانى مهما بعدت الشقة كما يمتد أيضا الى المياه الاقليمية العثمانية . ويصح أن يمتد الآن الى الهواء فى الجرائم التى قد تقع من الطائرات أوفيا ١١

وتطبق في ذلك تشريعها الخاص^(١) ، وهكذا أصبح لقوانين العقوبات الأجنبية وهي في الأصل قوانين اقليمية صرفة ، سلطان في بلاد الدولة العلية . فاذا كان الفعل معاقبا عليه وفقا للتشريع المحلي ولم يكن معاقبا عليه في تشريع الأجنبي فلا يمكن محاكمته لا أمام محكمة القنصلية ولا أمام المحكمة الوطنية ! ! على أنه اذا كان المجنى عليه عثمانيا فالقاضي التركي هو المختص بنظر القضية وينفذ حكمه^(٢) . فاذا صدر الحكم بالسجن فلا يسجن الأجنبي كبقية المجرمين العثمانيين بل للأجانب سجون معينة وللقناصل الحق في زيارتها ! ! وقد تمكن الأمريكيون من أن ينصوا في معاهدة امتيازهم على عدم خضوعهم للقاضي التركي في المسائل الجنائية اطلاقا وتمسكوا بهذا الحق على الدوام .

وقد قام خلاف كبير حول حق السلطات المحلية في الأحوال التي تختص فيها بالحكم في الجريمة عما اذا كان من الجائز لها حبس المجرم حبسا احتياطيا أو لا ، على أن هذا الحق كان بعيدا عن الخلاف في حالة التلبس .

٥٤٥ — ومن أهم الحقوق الخاصة التي حرم الأجانب من التمتع بها زمنا طويلا الحق في تملك العقارات في ديار الدولة العلية ، لذلك اعتادوا ، اذا ما أرادوا استثمار أموالهم في هذه الناحية أن يسخروا أشخاصا آخرين *enterposé* من

(١) ولم يكن في تقرير ذلك الحق أية منافاة لاعتبارات النظام العام في ذلك الوقت لأن الأوروبيين كما أوضحناه كانوا يعيشون في أحياء خاصة يصرفون أمورهم كما يرون . فإرن Lamba ٣٧ وما بعدها . حيث يقرر أنه لم يكن مقصودا مطلقا الاعتداء على السيادة العثمانية أو احتقار العدالة العثمانية ، إذ لا يقبل سلاطين آل عثمان العظام هذه المعاملة . ويرى الأستاذ Lamba أن التفريع الاسلامي باتباعه أحكام الدية ، وهي دعوى مدنية ، في المسائل الجنائية يجعل الاختصاص في هذه المسائل ملحقا بالمسائل المدنية ، وهي متروكة للقناصل كما قدمنا . فإرن بركات بك . ١٤٢ وما بعدها .

(٢) ولا يمنع ذلك من وجوب اخطار القنصل التابع له الأجنبي المتهم . ومن الغريب أن السلطات العثمانية اعتادت في كل مرة يطلب فيها القنصل السماح له بالتحقيق والمحاكمة أن لا ترفض هذا الطلب I I Éraud-Giraud . ٢ . ٣٥٠ حيث يشير الى مؤلف Martens المعنون Guide diplomatique . ١ . المواد ٦ — ٧٠ .

العثمانيين المسلمين ، الى أن صدر قانون سنة ١٨٦٧ (٧ صفر سنة ١٢٨٤) الذي أباح للمسيحيين جميعا تملك العقارات في سائر أنحاء الدولة العلية ما عدا الحجاز . ولقد وضع المشرع العثماني لذلك شروطا أهمها : (١) أن يدفع الأجانب الضرائب العقارية (٢) أن يخضعوا لكل القوانين العقارية بما فيها لوائح البوليس المتعلقة بها (٣) أن تختص المحاكم العثمانية بنظر جميع المنازعات المتعلقة بالعقارات ولو كانت بين أجنب متحدى الجنسية (٤) أن تورث العقارات يخضع للقانون العثماني أو بعبارة أخرى للشريعة الاسلامية (١) .

وفي مصر أباح محمد علي وخلفاؤه للأجانب تملك العقارات قبل التاريخ السابق بزمان طويل جريا على السياسة التي كانت ترمى الى استجلاب عطف دولهم . ولا يمنع ذلك من سريان قانون سنة ١٨٦٧ على الأجانب المقيمين في مصر ، لأن الدول الأجنبية قد وافقت عليه بعد اصدار الدولة العلية له بروتوكول خاص . وسنرى أن قاعدة « المدعى يسعى الى محكمة المدعى عليه » كانت متبعة في مصر رغم القانون العثماني السالف .

٥٤٦ — ساد هذا النظام الذي قضت به الامتيازات في مصر ، ولكن منذ سنة ١٧٤٠ بدأ يتأثر بالعرف ، فتغيرت معالمة تغيرا واضحا في القرن التاسع عشر . ويمكن القول بأنه قد ظهر نظام جديد على أساس النظام الذي تقول به معاهدات الامتياز . ومبنى هذا النظام العرف الذي اتبع حتى أصبح سائدا ومعترفا به من الجميع . ومنذ ذلك الحين ظهر في المعاهدات والقوانين المصرية حتى وقتنا هذا تحفظ هام يقضى بعدم المساس بحقوق الأجانب المكتسبة بالمعاهدات أو بالعادات المرعية . أى ان هناك نظاما خاصا بمصر أساسه العادة . واستمر هذا النظام حينما

(١) ومعنى ذلك أن الامتيازات لا تمتد الى العقارات بل قصرت فقط على الأشخاص والمنقولات . وقد آتى النص على ذلك صراحة في البروتوكول السابق . انظر بركات بك ١٧٩ . حيث يقرر أن اعطاء الأجانب هذا الحق يدل على تغير كبير في حالتهم اذ بعد مظهر لرغبتهم في الثوطن في ديار الامبراطورية العثمانية واقتلاعهم بعض الشيء عن أن يكونوا مجرد تجار متنقلين .

من الدهر حتى عقدت المعاهدات الخاصة بإنشاء المحاكم المختلطة التي خلقت لكي تقضى على بعض مساوئه . ويجب أن نشير هنا الى النقط الأساسية في هذا النظام الذي اندثر ، اذ كان من المنتظر أن تقول الدول بيعته اذا ما ألغيت المحاكم يوما ما بغير رضاها .

٥٤٧ — قضى العرف في مصر أن تهمل قواعد الاختصاص القضائية والتشريعية التي أتت في معاهدات الامتيازات ، لكي يترك المجال لاتباع قاعدة شهيرة في عالم القانون هي قاعدة « المدعى يسعى الى محكمة المدعى عليه » وطبقت هذه القاعدة على اطلاقها فأدت الى سحب الاختصاص من المحاكم المحلية في أحوال كثيرة ^(١) . فاذا أراد وطني أن يرفع دعواه على أجنبي ، فانه يرفعها أمام قنصليته بدلا من رفعها أمام المحكمة المحلية . . . فلم ذلك ؟ هناك أسباب مختلفة أخصها أنه كان من اللازم حضور القنصل أو مندوبه في المحكمة المحلية ، وكان من المعتاد أن يتقاعس القناصل في تأدية هذا الواجب ، كما أنه اذا صدر حكم من المحكمة المحلية فانه لا يمكن تنفيذه بغير حضور القنصل أو مندوبه وهو لا يحضر التنفيذ ولا يجيزه (حرمة المسكن ! !) الا اذا أعاد النظر في الحكم من جديد أفليس الأولى اذن رفع الدعوى اليه من بادىء الأمر ؟ هذا من جهة ومن جهة أخرى فانه بمقتضى نصوص الامتيازات كان من الواجب رفع الدعاوى التي قيمتها أكثر من ٤٠٠٠ اسبير أمام المجلس الإمبراطوري في الاستانة فلم يكن من المعقول في غالب الأحيان أن يتحمل الطرفان مشقة السفر للنظر في الدعوى .

أما في الأحوال التي تكون فيها الدعوى بين أجناب مختلفي الجنسية فلم يحصل التطور الذي تم في تركيا بل تقرر تطبيق قاعدة أن المدعى يسعى الى محكمة

(١) وهكذا أصبح النظام المبني على العادة في مصر مختلفا كل الاختلاف عن النظام الذي تقضى به الامتيازات ، والنظام الأخير مطبق في سائر أنحاء الامبراطورية العثمانية . ومن رأى الأجانب في النظام المصري أنه نظام يقرر لهم ضمانات أكثر فلا يسوغ للمصريين طلب الرجوع الى النظام القديم أسوة بالولايات العثمانية الأخرى . راجع رسالة Meyer . ١٥٧ — ١٥٨ حيث يورد نص خطاب وزير خارجية فرنسا الى الباب العالي في سنة ١٨٦٦ بهذا المعنى .

المدعى عليه مباشرة . على أن الأرب في هذا كله أن الدعاوى التى يرفعها الأجانب على الوطنيين كانت ترفع فى بعض الأحيان أمام قناصلهم ، وقبل الوطنيون هذا الاختصاص لاعتبارات عملية كثيرة ، منها أنه يسهل عليهم طلب الطلبات الفرعية المعروفة باسم *demandes reconventionnelles* أمام المحكمة القنصلية ولم يكن فى وسعهم أن يطلبوها أمام المحكمة المحلية لأنها مختصة بالمحكم على الوطنيين دون الأجانب !! فالخلاصة إذن أنه بمقتضى هذا النظام سلبت المحاكم القنصلية اختصاص المحاكم المحلية فى مسائل كثيرة مخالفة بذلك حتى نصوص الامتيازات نفسها ، ولم يكن اختصاص المحاكم القنصلية مقصورا على العلائق المنقولة بل تجاوزها الى العقارات ، فخضعت العقارات المصرية للمحاكم القنصلية^(١) .

٥٤٨ — وتقرير الاختصاص القضائى فى مختلف هذه المسائل للجهات القنصلية ، معناه أن لها أيضا الاختصاص التشريعى ، لما هو معلوم من وجود ارتباط وثيق بين الاختصاص القضائى والاختصاص التشريعى فى مصر ، فمن السهل إذن تصور الأضرار البالغة التى نجمت عن هذه الحالة ، تلك الأضرار التى وجدت قواعد تنازع القوانين فى العالم لتلافيها . والواقع أنه كان فى دار كل قنصلية دفاتر تسجيل لانتقال ملكية العقارات ، ولا تنتقل الملكية فى مواجهة رعاياها الا اذا حصل تسجيل التصرف فيها !! وهكذا كانت الفوضى بعينها مقررة فى المعاملات العقارية ولم يسلم من شرها انسان^(٢) ، وقد أدت هذه الفوضى الى إيجاد شعور

(١) راجع فى تطور الحالة مؤلف Iamba ٦٧ وما بعدها حيث يرد السبب الرئيسى فى تحول نظام الامتيازات الى انتشار التجارة وتزايد عدد الأوروبيين واختلاطهم بالوطنيين وتجردهم عن أحيائهم الخاصة ، فكان من الطبيعى امال النظام القديم نظرا لتغير الأحوال . ولو كان هذا الرأى صحيحا كان من اللازم ظهور نفس التطور فى الدولة العلية نفسها إذ الأحوال كانت متحدة أو على الأقل متقاربة . قارن بحث الأستاذ عزيز خانكى . المحاماة . ١١ . ٤٦٩ .

(٢) وقد عنى شراح القانون الدنى فى مصر بإيضاح هذه الأضرار البالغة . ومن بينهم Messina وراجع Iamba . ٧٣ حيث يشير الى مناقشات اللجنة الدولية التى انعقدت فى مصر سنة ١٨٦٩ وقد لهرت فى الجورنال ١٨٧٤ . ٦١ . ونوجه الأنظار الى أن فى اتباع =

عام بضرورة الاصلاح فوضع النظام المعروف باسم « نظام الاصلاح » La Réforme . ومن الغريب أن البعض كان يرى في هذا النظام القديم ، بما فيه من اضرار ومساوىء ظاهرة ، ضمانة كافية لصيانة أموال الأجانب وأرواحهم !! اذ لم يرض هؤلاء باستثمار أموالهم في البلاد الا تحت سلطان هذا النظام الذى تقرر حماية لهم !! وظاهر أن هذه الحجج كلها باطلة ولذا لم تفلح في النهاية ، اذ قوامها الرغبة في امتنان سلطان الدولة المصرية ، واعطاء المحاكم القنصلية سلطانا أثيما .

٥٤٩ — وتخفيفا لهذه الولايات السابقة أنشأت الحكومة بالاتفاق مع الدول ما يسمى « بمجلس التجار » وهو مجلس مختلط التكوين اعتاد أن يطبق في غالب الأحيان على المنازعات التجارية القانون الفرنسى اذا لم يكن هناك ما يكفى في نصوص قانون التجارة العثمانى^(١) . وقد كانت هذه المجالس النموذج الذى أنشئت على نمطه المحاكم المختلطة .

٥٥٠ — أما علائق الأجانب المدنية مع الحكومة أو مع أحد فروعها فكانت تسوى بالطرق السياسية ، ولطالما استفاد الأجانب من ضعف الحكومة للحصول على تعويضات باهظة لما قد يصيبهم من اضرار ولو محتملة^(٢) أو وهمية .

٥٥١ — أما في المسائل الجنائية فقد امتد اختصاص المحاكم القنصلية حتى شمل الجرائم التى تقع من رعايا على المصريين أو الأجانب على السواء .

= هذه الأحكام مخالفة ظاهرة لأحكام لائحة ٧ صفر ١٢٨٤ . وراجع أيضا Lamba . ٧٨ — ٨٣ حيث بين مساوىء هذا النظام .

(١) وقد لمرت نصوص هذا القانون في مؤلف Férard-Girand . ١ . ٣١٢ وما بعدها . وانظر أيضا Lamba . ٧٣ — ٧٤ حيث تجد موجزا لتكوين هذه المحاكم واختصاصها .

(٢) ومن الشاهد أنه عند انشاء المحاكم المختلطة بلغت طلبات التعويضات من جانب الأجانب ٤٠ مليوناً من الجنيهات !! انظر Lamba . ١٠٦ .

وكثيرا ما كان يفلت المجرم الأجنبي من توقيع العقوبة عليه اذ يحصل أحيانا^(١) أن لا يحاكم في مصر أمام محكمته القنصلية بل يرسل الى الخارج كي يحاكم أمام محاكم دولته !! ويصعب على هذه المحاكم أن تقضى بالعقوبة ، اذ كيف تسمع شهادة الشهود ؟ وكيف تتم مواجهة المتهم مع غيره ؟ وكيف تحصل المعاينة ؟ أو يمكن القضاء في المسائل الجنائية وفقا للأوراق فقط ؟ واذا سلمنا بذلك فمن الذي يحرر هذه الأوراق ؟ . . وهل يحررها قانونيون^(٢) !!

٥٥٢ — وحاول البعض تفسير هذا الوضع الذي جاء على عكس نصوص الامتيازات نفسها ، بأنه لم يكن في مصر وقتئذ نيابة عمومية تتولى التحقيق وتقديم المتهمين الى المحاكمة ، كما أن الوطنيين كثيرا ما كانوا يقبلون تعويضا ماليا بدلا من طلب العقوبة^(٣) . فاذا لم يطلب المجنى عليه أو السلطة المحلية توقيع عقوبة فليس من المعقول أن يقوم القنصل بالتحقيق من تلقاء نفسه !! أما اذا طلب توقيع عقوبة ، فعلى المدعى أن يثبت للقنصل ما وقع عليه من ضرر وجرم ، وذلك بدل أن يسعى القنصل نفسه لجمع الأدلة التي تثبت وقوع الجريمة !! ومن الطبيعي أن يسلك القناصل هذا المسلك اذ أنهم وجدوا لحماية رعاياهم فكيف يعاونون على اثبات الجرائم التي يرتكبها هؤلاء الرعايا .

ومن الجهة الأخرى فان مخالقات البوليس التي يقصد بها تنظيم الشؤون العامة لحياة الجماهير (مخالقات الطرق والمرور والصحة . الخ) فان الأجانب لم يخضعوا اذا ما خالفوها للمحاكم المحلية بل كان المتبع أن يحرر المحضر اللازم ويرسل الى قنصلياتهم ! وقد تقرر ذلك في عهد الخديوى سعيد باشا في سنة ١٨٥٧ .

(١) وبخاصة في حالة وقوع جناية منه .

(٢) (راجع Iamba . ٧٧ حيث يقرر أن الحكومة المصرية قد اعترفت بهذا المركز القانوني رغم مخالفته لنصوص الامتيازات . انظر أيضا المراجع التي أشار اليها في ٧١ هامش (١) .

٥٥٣ — دامت الفوضى القضائية السابقة في البلاد زمنا طويلا ، ولاقى منها الجميع أضرارا كثيرة ، وقد اضطرت الحكومة عند ما رأت تضعف سلطتها وضياع مصالح رعاياها وانتشار الفوضى بين الناس أن تلتفت أنظار الدول الأجنبية الى سوء الحال فطالبتهم بالتنازل عن امتيازاتهم المقررة بالعادة والرجوع الى نظام الامتيازات الأصلية ، ولكن لم يستمع هؤلاء قط لندائهم ، فعرضت الحكومة المشروعات لتلو المشروعات لتخفيف هذه المساوئ ، فقبلت هذه الحركة بالصخب والضجيج والاحتجاج من جانب الجاليات الأجنبية المختلفة ، ولكن رغم ذلك كانت الحكومة جادة في مسعاها ، اذ لم يكن هناك بد من تغيير الحال التي أضحت لا تطاق ، فاستمرت المفاوضات وتآلفت اللجان ، واضطرت الحكومة في النهاية الى قبول نظام يقضى بإنشاء المحاكم المختلطة . وتتكون الأغلبية في هذه المحاكم من قضاة أجانب ، فانتصر بذلك العنصر الأجنبي على العنصر الوطني ، وأعطيت هذه المحاكم اختصاصا واسعا يشمل كل المنازعات بين الوطنيين والأجانب ، وبين الأجانب المختلفي الجنسية ، وبين متحديها اذا كانت الدعوى عقارية . والمفروض أن هذه المحاكم مصرية لأنها تصدر أحكامها باسم جلالة ملك مصر ، كما أن تعيين القضاة فيها يتم بمرسوم ملكي بناء على ترشيح من الدول الأجنبية ، ويستولى هؤلاء القضاة الأجانب على مرتباتهم الضخمة من خزانة الدولة المصرية . ولكن لا يغيب عن الذهن من الجهة الأخرى أن هذه المحاكم هي في الواقع دولية ، وعدالتها دولية^(١) ، اذ لا يمت قضاؤها للدولة المصرية

(١) وان كان ذلك لم يمنع الولايات المتحدة من اثاره ضجة في هذا الصدد بمناسبة قضية جورج سالم . راجع قبله ٥٧٨ هامش (٢) ففصل التفرقة المتبع اذا كان شكليا critère formel فالمحاكم المختلطة مصرية ، أما اذا كان موضوعيا فالمحاكم المختلطة دولية . وقارن Lamba . ١٢٧ وما بعدها حيث يورد بعض أدلة بشأن اعتبار المحاكم المختلطة محاكم القانون العام tribunaux de droit commun في مصر .

بأية علاقة . وعندى أن هذه المحاكم فى الحقيقة محاكم قنصلية كبرى^(١) ، اذ تمثل قضاتها القضاء القنصلى فى مصر على شكل أوسع وذلك رغم التزامهم بتطبيق تشريع أوروبى ، هو التشريع الفرنسى الذى صدر فى مجموعات خاصة عرفت باسم المجموعات المختلطة . نعم ان المجموعة المدنية قد تأثرت فى بعض نواحيها بأحكام الشريعة الإسلامية ولكن هذا لا ينفي عنها صفتها الأساسية وهى أنها مجموعة أوروبية بحتة . وسنرى أن لهذه المحاكم^(٢) من السلطة داخل الدولة ما يكفى لأن تكفر أمامه سيادة الدولة المصرية التى تنتهى غالبا بالانكماش فى حدود ضيقة !!

٥٥٤ — ولكن لا يمكننا رغم ما تقدم أن نغبط هذه المحاكم قدرها ، فإنها قد أدت منذ انشائها خدمات جلى للعدالة^(٣) ، اذ توحد بها القضاء ، وأمكن تنفيذ أحكامها على الأجانب بغير حاجة لحضور القناصل ، وكذلك لانسى أنه عند انشائها كان النظام القضائى المصرى ضعيفا تحوط به مصاعب شتى ، فالقضاة كانوا فى أغلبهم من رجال الدين ، وكان من الصعب عليهم ادراك الحالة الجديدة فى البلاد وفهمها ، ولم يكن هناك تشريع منظم حتى لاجراءات رفع الدعوى ، بل كانت القوضى ضاربة أطنابها فى القضاء المحلى ، مما جعل الناس

(١) اذ قضاتها ينتسبون الى الدول المتأزمة التى تختارهم للجلوس فيها ويضم اليهم القضاة المصريون الذين يمثلون العنصر المصرى . وفى وجود هؤلاء ما يغير الوضع الذى تقول به بعض الشىء ، ولكن اذا راعينا أن المصريين أقلية فى تشكيل هذه المحاكم تحققنا من موافقة رأينا للواقع دون موافقته للقانون .

(٢) فنشوء هذه المحاكم يرجع الى الافراط فى تطبيق قاعدة « المدعى يسى الى محكمة المدعى عليه » قارن Lamba . ٨٣ وما بعدها حيث يفصل المفاوضات الخاصة بإنشاء هذه المحاكم . والمجهودات القيمة التى بذلها المنفور له نوبار باشا . والواقع أن المحاكم المختلطة تعيش بعيدة عن الحكومة المصرية وكذلك عن الأمة المصرية فانتبت الى أن تكون سلطة داخل الدولة المصرية . قارن مقال منشور فى المجلة ١٨٧٥ . ١٧٤ .

(٣) وان كان بعض أحكامها قد شابهت شوائب التأثير باعتبارات سياسية أو جنسية أو شخصية كما قرره اللورد Milner فى كتابه « England in Egypt » الفصل الرابع .

يستبشرون خيرا بانشاء المحاكم المختلطة ، ومعلوم أن نجاح المحاكم المختلطة في مهمتها قد أدى في فترة وجيزة الى انشاء المحاكم الوطنية (الأهلية) وظهور ثقافة قانونية أوروبية^(١) في البلاد ، وانشاء مدرسة للحقوق خرجت قضاة جديدين قديرين على فهم النصوص الحديثة وتطبيقها أسوة بالقضاة الأوروبيين . وهكذا تقوى العنصر الوطنى من الوجهة القانونية وثبتت أقدام المحاكم الأهلية في مدة قصيرة ، فبدأ المصريون يطالبون بسيادة محاكمهم الوطنية على جميع القطان بلا تمييز وبضرورة الغاء المحاكم المختلطة لانتفاء الحاجة اليها لأنها لعبت دورها في أن تكون أداة اتصال بين النظام القديم ، نظام تعدد الجهات القضائية ، الى النظام الواجب الاتباع ، وهو توحيدها وذلك بجعل الاختصاص برمته للمحاكم الوطنية ما دامت قادرة على الاضطلاع بأعبائه^(٢) .

٥٥٥ — وبجانب الاختصاص المدنى السابق فالمحاكم المختلطة اختصاص جنائى ولكنه ضئيل ، وبيان ذلك أن مجموعتى العقوبات وتحقيق الجنايات المختلطتين لم توافق عليهما الدول الأجنبية ، فبقى اختصاص المحاكم المختلطة في هذا الصدد مقصورا على الأحوال التى تشير اليها نصوص لأئحة ترتيبها . فتنص المادة ٦٥ منها على أن الأجانب يخضعون لاختصاص المحاكم المختلطة في جميع مخالفات البوليس وتتقرر هذه المخالفات بلوائح تصدر بطريقة خاصة سنينها حالا . وهذا الاختصاص الذى نشير اليه لا ينفي بقاء اختصاص المحاكم القنصلية بنظر مخالفات رعايا ضد قوانينهم الخاصة . فالاختصاص القنصلى باق في هذه المسائل وكذلك في أغلب

(١) انظر قبله ١٧٨ . وقارن Lamba . ١٠٧ حيث يبين مزايا انشاء المحاكم المختلطة وتأثير ذلك في تطبيق القواعد المقررة بالامتيازات .

(٢) قارن Lamba . ١٠٣ وما بعدها الذى يعتبر أن انشاء المحاكم المختلطة فيه معنى الاعتراف بالسيادة المصرية ولو اسما على الأجانب بدلا من الوضع القديم الذى من مقتضاه خضوع الأجانب لسيادة دولهم دون غيرها . فأساس وجود هذه المحاكم تنازل من جانب الدول الممتازة عن بعض حقوقها فى القضاء وفقا لنصوص الامتيازات . ومن رأينا أن هذا التنازل قد أوحته اعتبارات قوامها مصلحة هذه الدول دون أى اعتبار آخر .

المسائل الجنائية الأخرى ما عدا ما انتزعتها المحاكم المختلطة منها وهو ضئيل كما قدمنا .

وتختص المحاكم المختلطة أيضا بنظر الجناح والجنايات التي تقع من جميع القطان في أحوال خاصة ، وهي الجرائم الموجهة ضد نظام المحاكم المختلطة كالاعتداء على أشخاص موظفيها أثناء تأدية وظائفهم أو بسبب تأدية هذه الوظائف . وكذلك الجرائم التي يرتكبها هؤلاء الموظفون أثناء تأدية وظائفهم أو خروجاً عن حدود سلطتهم ، وفي النهاية تختص أيضا بجرائم الافلاس .

وظاهر أن هذا الاختصاص ضيق بالمقارنة مع الاختصاص المدني ، وهكذا احتفظت المحاكم القنصلية باختصاصها بهذه المسائل ^(١) . وليس من الصعب في شيء تخيل القوضى المفرطة التي تنجم عن اتباع هذا النظام . وقد حاولت الحكومة تعديل هذا الوضع من طريق توسيع اختصاص المحاكم المختلطة ونزع اختصاص المحاكم القنصلية ، وكانت آخر محاولة في أيام مفاوضات ثروت — تشمبرلن ، ولكنها لم توفق إلى الآن ^(٢) .

٥٥٦ — والخلاصة إذن أن اختصاص المحاكم المختلطة قد قام على أساس نزع اختصاص المحاكم القنصلية وكذلك القضاء المحلي فيما يتعلق بالعلاقات المالية ، أما علائق الأحوال الشخصية فبقيت خاضعة للنظام القديم ، وكذا الشأن في المنازعات المالية ^(٣) بين الأجانب المتحدى الجنسية الا اذا كانت الدعوى عقارية

(١) وقد ذهب بعض المحاكم القنصلية لتقرير اختصاصه بنظر الدعوى المدنية باعتبار أنها تابعة للدعوى الجنائية حتى في حالة اختلاف الجنسية ولكن رفضت المحاكم المختلطة تأييد هذا المسلك راجع أبو هيف بك ١٨٧ .

(٢) وسنشير فيما بعد إلى المجهودات التي بذلت في هذا الصدد وانظر بالنسبة للنظام الحالي مؤلف المرحوم أبو هيف بك ١٨٣ وما بعدها حيث تعرض لشرح هذا الاختصاص الجنائي بشيء من التفصيل . وراجع بالنسبة للإجراءات الجنائية . نفس المرجع ١٨٨ .

(٣) ولكن لا يغيب عن الذهن أن المحاكم القنصلية تختص بنظر دعاوى الأحوال الشخصية اذا كان المدعى عليه من أحد رعاياها أي أنه لا حاجة هنا لاتحاد الجنسية .

أو مثلت فيها مصلحة مختلطة^(١). وأما اختصاص هذه المحاكم من الوجهة الجنائية فقد رسمت له الحدود الضيقة السابقة .

٥٥٧ — ومن الملاحظ أن المحاكم المختلطة قد توسعت في اختصاصها على حساب الهيئات الأخرى فأوجدت النظرية المعروفة باسم « الصالح المختلط » وارتكبت عليها لتأييد اختصاصها في مسائل كان من المفروض أن تخرج عن هذا الاختصاص فاضطر المشرع الى التدخل في بعض الأحوال بنصوص تشريعية خاصة لكي يحدد من تطبيق هذه النظرية^(٢) . وكذلك اعتبرت هذه المحاكم نفسها مختصة بنظر منازعات الأجانب غير الممتازين وأنكرت هذا الاختصاص على المحاكم الأهلية رغم تعديل المشرع المصري لنص المادة ١٥ من لأئحة ترتيب المحاكم الأهلية^(٣) .

٥٥٨ — وقد استدعى خروج الأجانب عن اختصاص المحاكم الوطنية أنهم لا يخضعون أيضا للتشريع المصري . فلا يمكن للسلطة التشريعية المصرية أن تسن قانونا ينفذ على الأجانب حتى في الحدود المرسومة في معاهدات الامتيازات الا بعد اتباع اجراءات خاصة ، نص عليها في المادة ١٢ من لأئحة ترتيب المحاكم المختلطة المعدلة بقانون سنة ١٩١١ الذي وافقت عليه الدول . وقد كان مضمون المادة القديمة أنه لا بد من موافقة هيئة القضاة *corps de magistrature* على التشريع المقترح ، أى ان من اللازم اجتماع عدد غفير من القضاة في مختلف المحاكم المختلطة لكي يبحثوا ويمحصوا القانون كهيئة تشريعية ثانية بجانب الهيئة

(١) انظر مؤلف Lamba . ١٣٥ وما بعدها حيث عرض لنظرية الصالح المختلط بايضاح كاف .

(٢) قارن دكريتو ١٩٠٠ بالنسبة لمجلس بلدى اسكندرية واعتباره خاضعا لاختصاص المحاكم الأهلية في معاملاته مع المصريين انظر بالنسبة للوضع السابق مؤلف Lamba . ١٧٠ وما بعدها وبخاصة حكم استئناف مختلط ١٢ مارس ١٨٩٦ المنشور في نفس المرجع .

(٣) انظر قبله . ١٤ هامش (١) .

التشريعية المصرية !! ولهذه الهيئة أيضا حق اقتراح القوانين وقد لوحظ أن اتباع هذه الطريقة لا يخلو من مضار وفيه تحد ظاهر لسلطات الحكومة لذلك لجأت هذه الأخيرة في كثير من الأحوال الى أخذ موافقة الدول على القوانين بصفة منفردة . ولكن في سنة ١٩١١ بذلك الحكومة مساعى جديدة لتغير المادة ١٢ السالفة الذكر . فأعطيت سلطة فحص القوانين للجمعية العمومية لمحكمة الاستئناف المختلطة بشرط أن يحضر الجلسة أقدم قاض من كل دولة من الدول التي وافقت على انشاء المحاكم المختلطة اذا لم يكن لها مستشار بمحكمة الاستئناف . وكذلك لا بد أن يحضر المداولة ١٥ عضوا على الأقل ، ويصدر القرار بأغلبية ثلثي الحاضرين . ولا تصدر مشروعات القوانين التي صدق عليها بهذا الشكل الا بعد مرور ثلاثة شهور من تاريخ التصديق . وهذه الفترة متروكة للدول كي تستعمل حقها في المعارضة Veto ، فان حصلت تتم المداولة من جديد فاذا وافقت عليه الجمعية العمومية بالأغلبية السابقة فانه ينفذ — وكذلك أباحت هذه المادة للجمعية العمومية لمحكمة الاستئناف منعقدة بجلسة اعتيادية (أى دون أن يضم اليها قضاة الدول التي ليس لها مستشارون) أن تبلغ وزير الحقانية الاقتراحات التي تراها مناسبة بشأن تعديل التشريع المختلط . وفي النهاية فانه اذا مضى على مشروع القانون ثلاثة شهور بعد الميعاد الذي كان يمكن فيه نشره ولم ينشر يعتبر المشروع متروكا ولا يجوز الرجوع اليه الا بعد تطبيق أحكام هذه المادة .

ولا شك في أن اتباع هذه الاجراءات أهون بكثير من اتباع الاجراءات السالفة ^(١) . وكثيرا ما لجأت الحكومة الى اتباعها بغية تطبيق تشريعات مختلفة على الأجانب . ومع ذلك فانه يلاحظ أن الجمعية العمومية السالفة لا تملك مطلقا الموافقة على التعديلات الخاصة بلائحة ترتيبها ، لأن هذه اللائحة بمثابة معاهدة بين مصر والدول الأخرى ^(٢) ، كذلك لا يغيب عن الذهن أن اعطاء هذه السلطة

(١) راجع في مزايا هذا التعديل أبو هيف بك ١٩١ .

للجمعية العمومية مخالف للوضع الطبيعي للأمور ، اذ يجعل من قضاة محكمة الاستئناف مشرعين *Conseillers législateurs* ، ويجعل بجانب السلطة التشريعية المصرية سلطة تشريعية أخرى تعلن في صراحة وجلاء مقدار انتقاص السيادة المصرية وعجزها . وظاهر مقدار تحوط الدول وتحرزها حتى في التعديل الأخير اذ اشترطت أغلبية خاصة للتعديل وأعطت لنفسها حق الاعتراض . . الخ مما يفهم منه أنها هي الأخرى لا تثق ثقة كاملة بقرار الموافقة الذي يصدر من ممثليها في أعلى هيئة في القضاء المختلط !!

٥٥٩ — والتعديلات التشريعية التي تتم وفقا للطريقة السابقة هي التعديلات الخاصة بالعلائق المالية ، أما في الجرائم فلا يمكن اضافة جنایات أو جنح أو مخالفات جديدة (عدا مخالفات البوليس) خلاف التي وردت في لأئحة ترتيب المحاكم المختلطة الا اذا وافقت على ذلك الدول كافة . فلا يمكن هنا الالتجاء للمادة ١٢ السابقة .

ولكن الأمر أهون من ذلك بكثير بالنسبة لمخالفات البوليس نظرا لكونها طفيفة ، هذا من جهة ، ومن جهة أخرى فانها تتطلب شيئا من السرعة حماية لمصالح الجمهور . . فأباححت الدول للحكومة بدكريتو ٣١ يناير سنة ١٨٨٩ أن تضع اللوائح المعروفة باسم مخالفات البوليس البسيطة *contraventions de simple police* من تلقاء نفسها وبشرط أن تعرضها مقدما على الجمعية العمومية لمحكمة الاستئناف المختلطة^(٢) وذلك من أجل أن تتحقق هذه الجمعية من أن القوانين واللوائح

(١) فيتم التعديل فيها أو الاضافة اليها بموافقة هذه الدول الواحدة بعد الأخرى . ويكفي توقف واحدة منها لكن لا ينفذ التغيير المقترح .

(٢) ويجب أن يلاحظ أن نفاذ هذه اللوائح قد يؤدي الى تعطيل حرمة المسكن في حدود تطبيق اللائحة . وقد اعتمدت الحكومة المصرية في بداية الأمر على المادة ١٠ م . م لاصدار لوائح تسرى على الأجانب ، فأصدرت لائحة خاصة بالعاهرات ، ولكن رفضت محكمة الاستئناف المختلطة تنفيذها في ١٩ مايو ١٨٨٦ منكرة على الحكومة حقها في اصدار لوائح =

المقدمة عامة التطبيق ومن أنها لا تشمل على حكم مخالف لنصوص الامتيازات الأجنبية ، وأن أحكامها لا تشمل على عقوبات أشد من عقوبات المخالفة . ولما أرادت الحكومة استعمال هذا الحق رغم قيوده في هذه المسائل التافهة ، عاكستها الدول في ذلك كل الماكسة وبخاصة فرنسا ، إذ اعتادت أن ترسل الاحتجاج تلو الاحتجاج . فأزعجت هذه الاحتجاجات خاطر الحكومة المصرية فقبعت ساكنة ولم تستعمل سلطتها إلا في المسائل الضرورية جدا . ولكن عاون على استعمال الحكومة لهذا الحق حصول الاتفاق الودي *entente cordiale* بين إنجلترا وفرنسا في سنة ١٩٠٤ ، ومن مقتضاه أن تنطلق يد إنجلترا في مصر^(١) كما تنطلق يد فرنسا في مراکش !!

٥٦٠ — هذا وقد نصت المادة ١١ من لأئحة ترتيب المحاكم المختلطة^(٢) على أنه ليس للمحاكم المختلطة أن توقف تنفيذ أمر إداري أو تفسره وأن لها الحق فقط في أن تقضى بالتعويضات عند المساس بالحقوق المكتسبة للأجانب^(٣) . وقد

= مقررته المخالفات البوليس بغير موافقتها اعتمادا على نص المادة ١٢ م . م . قارن *Iamba* . ٢١٢ وما بعدها حيث ينقد الحجة السالفة مقررنا أن إصدار لوائح المخالفات من اختصاص السلطة التنفيذية لا من اختصاص السلطة القضائية . وهذا هو البدء المتبع في سائر أنحاء العالم المتمددين .

(١) ويترتب على انطلاق يد إنجلترا في مصر أن تمكنت الحكومة المصرية الخاضعة وقتئذ لوصاية إنجلترا من وضع ما تراه لازما في اللوائح لصيانة حياة الجمهور في مصر . قارن *Iamba* ٢١٦ وما بعدها حيث أشار إلى بعض الاحتجاجات بشأن تطبيق جانب من اللوائح .

(٢) وهي تقابل المادة ٧ م . م . راجع في التطور التاريخي لهذا النص التصريري رسالة زميلنا الدكتور زهير جرانة . القاهرة ١٩٣٥ . ٩٨ وما بعدها . وكذلك رسالة بركات بك . ١٩٤ وما بعدها .

(٣) وجرت المحاكم المختلطة على أن تعترف لنفسها بالاختصاص حتى فيما يتعلق بأعمال السلطة وأشهر قضية في هذا الصدد هي قضية صندوق الدين إذ أخذت الحكومة المصرية من الاحتياطي الخاص به مبلغ نصف مليون جنيه بغير موافقة جميع الأعضاء فقضى عليها بالسداد راجع في تفاصيل هذه القضية الشهيرة رسالة جرانة ١٣١ وما بعدها .

فرقت المحاكم المختلطة عقب تعديل المادة ١١ في سنة ١٩٠٠ بين أعمال السلطة *acte de souveraineté* فاعتبرت نفسها غير مختصة بنظرها أصلاً^(١) ، وبين أعمال الإدارة *acte d'administration* وقضت بشأنها على الوجه السالف . وعلى أية حال فمن المشاهد أن نظام الإصلاح قد أفاد من هذه الوجهة اذ كان من المعتاد في مثل هذه الأحوال ، الركون الى الطريق السياسى ، ولا يخفى ما فى اتباع هذا الطريق من تعقيدات ومضار اذا راعينا ضعف الحكومات المصرية ازاء الدول الأجنبية وتدخل ممثليها المستمر .

٥٦١ — والواقع أن المحاكم المختلطة قد مرت بأزمات متعددة من وقت نشأتها ، ومع ذلك اجتازتها سالمة بعد أن وسعت فى اختصاصها كما رأينا . ولا شك فى أن الوطنية المصرية تأبى وجودها وتنفر من ذلك كل النفور . وقد كان من مظاهر هذه الأزمة فى الوقت الحاضر ، أن قام الخلاف بشأن حق القضاة المصريين فى رئاسة الدوائر *Chambre* تبعا لأقدميتهم ومساواة لهم بالقضاة الأجانب . والظاهر أن الحكومة المصرية قد أيدت حق قضاتها فى الرئاسة ، ولكن مع ذلك فإن الجمعية العمومية لمحكمة الاستئناف المختلطة ، وأغليبتها من القضاة الأجانب ، رأت أن تقرير ذلك الحق متناف مع نصوص لأئحة الترتيب المختلطة ، ففسرت نص المادة الثانية تفسيرا موافقا لهذا المعنى مهتدية بالعرف الذى جرى عليه العمل من وقت انشاء المحاكم المختلطة ! ! وأخذت الحكومة المصرية بوجهة النظر هذه فقررت مفاوضة الدول الأجنبية فى هذا الصدد^(٢) ! ! وكذلك قام الخلاف على حق القضاة المصريين فى تحرير الأحكام باللغة العربية اذا كان المتنازعان مصريين ، ولكن لما كان النص هنا صريحا لا يحتمل أى عمل فى التفسير فان

(١) راجع رسالة جرائده ١٩٧ وما بعدها حيث ضرب بعض أمثلة لأعمال السلطة منتزعة من قضاء المحاكم فى مصر .

(٢) وقد نشبت هذه الأزمة فى سنة ١٩٣٣ ولم تحل حتى اليوم اذ تنتظر الحكومة المصرية الردود بالقبول من مختلف الدول صاحبات الامتياز .

الجمعية العمومية قد لزمّت جانب الصمت ولم تتخذ قرارا في الموضوع ، وكان الظاهر أنه لا مناص هنا من الخضوع لمنطق النصوص والتنازل عن الاعتداء القديم المتجدد على لغة أهل البلاد فتأخذ على الأقل مكانا مساويا لمختلف اللغات الأجنبية في محاكم مفروض فيها أنها مصرية اسما على الأقل ، ولكن مع ذلك لم يعترف للقضاة المصريين بهذا الحق . وصدر القرار بالرفض هذه المرة من رئيس محكمة الاستئناف المختلطة مرتكزا على الصعوبات الادارية والكتائية التي تنجم عن تحرير الأحكام باللغة العربية^(١) .

٥٦٢ - ويبقى من الامتيازات الامتياز المسمى « بالامتياز المالى » . ومقتضاه أن يعفى الأجانب من الضرائب المباشرة ما عدا الضريبة العقارية والضرائب التي توافق عليها دولهم . ولعل هذا الامتياز هو أشد الامتيازات اجحافا بمصر والمصريين كما قرر ذلك منذ زمن طويل اللورد Milner في كتابه England in Egypt . ولطالما حاولت الحكومة المصرية التخلص منه مستعينة في ذلك بنصوص الامتيازات نفسها وهي تثبت عدم وجوده على الأقل في الشكل الذي انتهى اليه ، ولكن ذهبت كل محاولاتها سدى ووقفت في وجهها الدول صاحبات الامتياز وأيدتها في موقفها المحاكم المختلطة^(٢) .

(١) وكان في رأى القضاة المصريين أن يحرروا أحكامهم باللغة العربية في المنازعات التي يكون فيها الطرفان مصريين واختصت فيها المحاكم المختلطة تطبيقا لنظرية الصالح المختلط . والواقع أن مظهر هذه الأزمة ضئيل بجانب المطلب الاسمى الذي يسعى المصريون لتحقيقه وهو توحيد القضاء والتشريع لكل القاطنين في البلاد فتسترد بذلك المحاكم الوطنية اختصاصها المنصوب وتتحرر السلطة التشريعية من رتبة القيود التي تغل يدها منذ زمن طويل . وما هو جدير بالذكر هنا للدلالة على تسامح الحكومة المصرية وتفریطها في حقوقها أنها أرسلت الى رومانيا وهي دولة غير ممتازة المذكورة الخاصة بحق القضاة المصريين في رئاسة الدوائر .

(٢) قارن Lamba . ١٨٧ وما بعدها حيث يورد نص مذكرة فرنسية في هذا الصدد كما أشار الى بعض أحكام المحاكم المختلطة التي أيدت هذا الامتياز . وانظر أيضا القضايا التي أشار اليها المرحوم أبو هيف بك ١٧٦ وكذلك مؤلف Du Rausas . ٢ . ١٥٧ وما بعدها .

٥٦٣ — وأصل هذا الامتياز موجود في نصوص الامتياز الأكبر سنة ١٧٤٠ . وقد نص فيها على اعفاء الأجانب من جملة ضرائب كان من شأنها إعاقة التجارة في هذا الوقت ، ووضع الأجانب في مركز أدنى بالنسبة للمسلمين وبخاصة لأن السلطات العثمانية كانت قد بدأت تتعسف في جباية الضرائب وتقريرها على الأجانب ، فلم يكن إذن القصد من تقرير هذا الاعفاء في معاهدة سنة ١٧٤٠ اعفاء الأجانب كلية من الضرائب وعدم التسوية بينهم وبين الوطنيين ، بل بالعكس قصد به رفعهم إلى منزلة الوطنيين^(١) . فكيف يمكن القول بأنهم لا يلتزمون بدفع الضرائب التي تقررها الحكومة على الجميع وطنيين وأجانب على السواء ؟ ولكن هذا ما تمسك به الأجانب كل التمسك متناسين ما في ذلك من الأضرار بمصالح البلاد وأهلها ؟ والخط من سيادة الحكومة وجعلها في مركز أدنى بكثير من حكومات البلاد المتمدنية ، ولم يتنازل الأجانب عن هذا الامتياز الذي ادعوه لأنفسهم إلا في أحوال معينة وهي : (١) ضريبة الأراضي وفقا لقانون ٧ صفر سنة ١٢٨٤ ، (٢) عوائد المباني وفقا لاتفاق مؤتمر لندره سنة ١٨٨٥^(٢) . وقد أثارت قرارات هذا المؤتمر خلافات كبيرة بين الحكومة المصرية والدول الأجنبية إذ جاء فيه أن الدول لا تمنع في فرض ضرائب مباشرة عادلة على الوطنيين والأجانب على السواء ، ولكن تملصت الدول من هذا القرار فيما بعد وفسرته على وجه يفيد بأنه لا بد من رضاها وموافقها دائما لكي تجبي ضريبة من هذه الضرائب ، (٣) عوائد مجلس بلدى الإسكندرية وفقا لذكريتو سنة ١٨٩٠ ، ومعلوم أن هذا المجلس مختلط التكوين ، فلا بد إذن من رضا الأجانب المحليين حق تقرير الضريبة عليهم .

(١) راجعوا رسالة زميلنا الدكتور عبد الحكيم الرفاعي « حركة إصلاح الضرائب المباشرة في مصر » باريس ١٩٢٩ . ١٥٥ حيث توجد بيانات هامة في هذا الصدد . وقارن رسالة Meyer . ١٨٩ وما بعدها .

(٢) راجع في تفاصيل ما تم في مؤتمر لندن المشار إليه رسالة Meyer . ٢٠٤ وما بعدها .

وقد وافقت الدول أخيرا في سنة ١٩٢٩ على تحصيل ضريبة الخفر من الأجانب . ولهذه الضريبة قصة مؤلمة تثبت مقدار تعسف الأجانب وتمسكهم بامتيازهم المالي . وتتلخص في أن الحكومة جعلت ضريبة الخفر (وهم الحراس اليليون) ملحقة بالضريبة العقارية كي تسرى على الجميع ، ولكن الأجانب امتنعوا عن دفعها ، وأيدتهم في ذلك المحاكم المختلطة قائلة بأن هذه الضريبة مباشرة وليست ملحقة بالضرائب العقارية . حصل بعد هذا أن أعلنت الحرب وصدر أمر عرني من القائد العام البريطاني في مصر ألزم الأجانب بدفع هذه الضريبة ، وبخاصة لأن إيرادها مخصص لدفع مرتبات هؤلاء الخفراء ، فخضع الأجانب لتنفيذ هذا الأمر ولم يجسر واحد منهم على المعارضة . فلما انتهت الحرب وألغيت الأحكام العرفية بعد ذلك ، تحركت فيهم عوامل امتهان السلطة المحلية ، فامتنع كثير منهم عن دفعها واستعانوا بقناصلهم على ذلك . واستمرت الحكومة المصرية تقاوض الحكومات الأجنبية من سنة ١٩٢٣ حتى سنة ١٩٢٩ ^(١) ، إلى أن وافقت عليها الدول لما رأتها من صعوبة التملص منها نظرا لعدالتها الظاهرة .

٥٦٤ — فالطريق السياسي كما هو ظاهر طريق مخوف بالمتاعب والمصاعب ، وتلاقى الحكومة نفس هذه الصعوبة في كل مرة أرادت تقرير ضريبة جديدة مهما كانت تافهة ، كما تحقق ذلك بالنسبة لضريبة الكبريت وضريبة الملاهي .

وأما ضريبة السيارات فكانت محل نقاش مدة لا تقل عن الثلاث سنوات حتى أجازتها الدول . والواقع أن هذه الضرائب وأمثالها مقررّة في كل أنحاء العالم المتمدين دون أي اعتراض وليس هناك أية شبهة في تقريرها . أما في مصر فإن الدول الأجنبية تراعى في طريقة تقريرها ^(٢) مصالح تجارتها وأحوال مصانعها ، أما حالة مصر ومصالحها فهذه مسألة تأتي في المرتبة الأخيرة ! ! وحصل

(١) قارن أبو هيف بك . ١٧٧ .

(٢) هذا اذا وافقت عليها .

في السنوات الأخيرة أن أرادت الحكومة فرض ضريبة الباتنت *patentes* ولكن رغم ضآلتها ، ورغم أن الدول كانت قد وافقت على مبدأ فرضها منذ سنة ١٨٩١ ، فإن الحكومة لم توفق حتى الآن في الحصول على رضا الدول بشأنها من جديد !! وكذلك الحال بشأن ضريبة « التمغة » .

٥٦٥ — والواقع أن النصوص القانونية لا تمنع الحكومة المصرية من مباشرة حقها في فرض الضرائب المباشرة^(١) ، ولكن الحالة الواقعية تقيد عكس ذلك ، وبخاصة إذا راعينا أن الحكومة قد اعتادت أن تطلب رضا الدول كلما أرادت فرض ضريبة جديدة ، وهكذا تدخل العرف هنا من جديد لكي يضخم من الامتيازات ، وعبثا حاولت أن تصف الحكومة هذا العرف بأنه عمل تسامح من جانبها لا يقصد به تقرير حقوق للدول الأخرى .

على أنه إذا صممت الحكومة على استعمال حقها في فرض الضرائب فكيف يمكنها تنفيذها ؟ وأين حرمة المسكن ؟ وأين المحاكم المختلطة التي لا تمتنع عن الحكم بالتعويض عن العمل الإداري الذي يقصد به التحصيل الجبري ؟ وأين الاحتجاجات السياسية !!

٥٦٦ — ومما يتصل بالامتياز المالي ، النظام الجمركي ، ولقد عقد الباب العالي في هذه الشأن معاهدات تجارية متعددة مع الدول أصحاب الامتيازات فتحدت بذلك الرسوم التي تجبى على البضائع . وكانت هذه المعاهدات نافذة على مصر حتى سنة ١٨٧٣ ، وحصل وقتئذ الخديوى اسماعيل على حق عقد المعاهدات التجارية^(٢) . فعقدت مصر بالفعل معاهدات كثيرة أهمها المعاهدة التي عقدت مع إنجلترا

(١) وقد دافعت الحكومة المصرية بواسطة ممثليها في المؤتمرات الدولية المختلفة عن هذه النظرية ولكن الدفاع بهذه المناسبات لا يساوى أكثر من پروباجنده محدودة النتيجة وسريعة الضياع في وادى النسيان . فإرن تصريحات نغرى باشا وزير مصر المفوض في باريس في المؤتمر الاقتصادي سنة ١٩٢٩ .

(٢) بالنسبة للحالة قبل هذا التاريخ تجددها ملخصة في رسالة Meyer . ٣١٧ وما بعدها .

في سنة ١٨٨٩ وأنت على نمطها المعاهدات التالية مع الدول الأخرى . وبمقتضى هذه المعاهدات وضع نظام جديد يخالف النظام القديم الذي كان مقرا بمقتضى معاهدات الامتيازات . فلما انتهى أجل هذه المعاهدات ^(١) ، أرادت الحكومة المصرية أن تستعمل سلطتها في وضع لأئحة جمركية جديدة فعارض في ذلك بعض الدول بحجة ضرورة الرجوع الى نظام الامتيازات ^(٢) ، ولكن غاب عنهم أن سبق تنظيم المسائل الجمركية بموجب معاهدات ^(٣) فصل هذه المسائل عن الامتيازات كل الفصل فحلت المعاهدات محل الامتيازات ، وأن تجديد هذه المعاهدات أصبح متروكا لمطلق تقدير الحكومة المصرية أسوة بسائر الحكومات الأخرى ^(٤) ، وبخاصة لأن النظام الذي قرره تلك المعاهدات لم يكن أساسه تنفيذ سياسة تجارية أو اقتصادية في البلاد ، كما أن المتحصل من الرسوم الجمركية كان ضئيلا مما أثر في دخل الحكومة تأثيرا سيئا ولا سيما أنها ممنوعة من فرض ضرائب مباشرة في الداخل . وبعد خلاف طويل بين مصر وسائر الدول — مما يدل على تعنت واضح من جانبها — وبعد تدخل من جانب إنجلترا لمصلحتهم استقر الرأي أخيرا على أن للحكومة المصرية وضع اللائحة الجمركية التي تراها مناسبة . وفلا صدر بها مرسوم بقانون في ١٧ فبراير سنة ١٩٣٠ ، فجاءت على أسس جديدة ، وأجازت اللائحة مضاعفة الرسوم على واردات الدول التي لاتعقد معاهدة

(١) وكان ذلك بحلول أجل المعاهدة الايطالية المصرية في ١٦ فبراير ١٩٣٠ فاستدعى مبدأ المساواة المطلقة الانتظار حتى حلول أجل هذه المعاهدة رغم حلول آجال المعاهدات مع الدول الأخرى .

(٢) راجع في تفصيل وجهة النظر هذه رسالة Meyer . ٣٣٦ وما بعدها وعكس ذلك رسالة زميلنا الدكتور الرفاعي . ٣١٣ وما بعدها .

(٣) وأهم معاهدة في هذا الصدد هي المعاهدة التي تمت بين الباب العالي وفرنسا في سنة ١٨٣٨ وأصبحت ملحقه بمعاهدات الامتياز لأنها عدلت أحكام الامتيازات تعديلا رئيسيا . رسالة Meyer . ٣٢٢ .

(٤) راجع في تفصيل وجهة النظر هذه رسالة Meyer . ٣٤٥ وما بعدها والمراجع التي أشار إليها .

تجارية مع مصر ، ولذلك سارعت الدول الى عقد معاهدات حتى تتفادى هذا الجزاء . وعلى ذلك يمكن القول اذن أن مصر قد تحررت من رتبة الامتيازات من هذه الناحية رغم اعتراضات الغرف التجارية الأجنبية وتهديداتها المتوالية . وفي الواقع لم يكن من المقصود مطلقا الرجوع الى تطبيق النظام الجمركى السابق الذى قرره معاهدات الامتيازات بعد أن تبين عدم كفايته وأضراره البالغة .

٥٦٧ - وغنى عن البيان أنه فى سلطة الحكومة المصرية أن تفرض ضرائب غير مباشرة على كل القطان فى مصر دون حاجة الى رضا الدول الأجنبية .

٥٦٨ - تلك هى مجموعة الامتيازات التى يتمتع بها رعايا الدول التى عقدت معاهدات الامتيازات ، ويلحق بهؤلاء من يسمون بأصحاب الحماية فيعاملون بنفس المعاملة تقريبا . فمن هم أصحاب الحماية ؟ . للإجابة عن هذا السؤال نخصص فصلا على حدة .

الفصل الثالث

أصحاب الحماية^(١)

٥٦٩ — الحماية وصف في الشخص يبيح له أن يعامل في مصر معاملة
رعايا الدول أصحاب الامتيازات ، الا فيما يتعلق بأحواله الشخصية فيظل خاضعا
لقانون دولته^(٢) . ومن هذا التعريف يظهر أن الحماية تقرب من الجنسية ، اذ
يترتب على توافرها تشبيه شخص من جنسية أخرى ، برعايا دولة من الدول
أصحاب الامتيازات ولكن هذا لا ينفي أنه يبقى محتفظا بجنسيته الحقيقية ، مما
يترتب عليه استمرار خضوعه لسلطان دولته الأصلية ، كما أن تمتعه بحماية دولة
أخرى يترتب عليه أيضا خضوعه لسلطان هذه الدولة الحامية . لهذا كان مركز
أصحاب الحماية غريبا يدينون بالخضوع لدولتين على السواء في وقت واحد ،
دولة تربطهم بها رابطة الجنسية ، وأخرى تربطهم بها رابطة الحماية . وقد يتعقد
الأمز زيادة اذا ما تحصل الشخص على حماية أكثر من دولة واحدة من الدول
أصحاب الامتيازات^(٣) . ولا شك أن السرف في وجود هذا المركز المعدوم النظير
في البلاد الأخرى يرجع الى نظام الامتيازات .

(١) وفي الاصطلاح الفرنسي Les protégés . راجع في دراسة حالتهم مؤلف Arminjon
« الأجانب وأصحاب الحماية » ٢٦١ وما بعدها . و Du Rausas . ١٠٢ وما بعدها
وكذلك Messina . القانون المدني المختلط . ٢ . ٢٣٤ وما بعدها . وأبو هيف بك ١٩٧
وما بعدها . و Scott . ٩١ وما بعدها . و Lamba ١١٧ وما بعدها .

(٢) قارن Arminjon ٢٦٢ حيث يشير الى الابهام الذي يحيط بفكرة الحماية والآثار
الترتبة عليها ويبرر ذلك بسكوت النصوص عن وضع أى تحديد كان في هذا الصدد . على أن
الحماية وفقا للتعريف الوارد في الصلب تنصرف الى الحماية الفردية La protection individuel
قارن Scott . ٩١ .

(٣) كما يحصل مع الرعايا السويسريين اذ يمكنهم أن يقيّدوا أنفسهم في جملة قنصليات
فيتتمتعون بجملة حمايات في وقت واحد .

فاذا قيل ان شخصا ما حماية دولة فرنسا ، فمعنى ذلك أنه ليس فرنسيا . ولكنه مع ذلك لا بد من معاملته من جانب السلطات المصرية معاملة الفرنسيين فيتمتع بما لهم من امتيازات ، اذا ثبتت له صفة الحماية بأنه قدم الدليل على وجودها ، فصفة الحماية داخلية اذن ضمن الحالة السياسية للشخص وتؤثر في حالته القانونية .

٥٧٠ — ولقد تقرر نظام الحماية بموجب معاهدات الامتيازات لصالح دولة فرنسا في سنة ١٥٧٩ ثم أخيرا في الامتياز الأكبر سنة ١٧٤٠ ، فأصبح لفرنسا أن تبسط حمايتها على المسيحيين الذين ليس لهم ممثلون سياسيون أمام الباب العالي ^(١) . فقررت النصوص أنه يتمتع بتلك الحماية كل من يستظل براية ملك فرنسا sous sa bannière . ولقد استفادت فرنسا من هذه الميزة الى أن نازعتها فيها الدول الأوروبية الأخرى ^(٢) فحصلت على نصوص مماثلة ، وأصبح كل منها قادرا على حماية الأجانب الآخرين الذين لم تقرر لهم امتيازات في الدولة العلية . فكان الرعايا السويسريون مثلا يتمتعون بحماية فرنسا في أول الأمر ثم تقسموا بعد ذلك بين فرنسا وألمانيا والولايات المتحدة . وإلى الآن لم تحصل سويسرا على امتيازات خاصة بها بل يكتفى رعاياها بالمركز السابق ^(٣) . وقد أشيع في السنوات

(١) نظرا للصدقة بين الطرفين ، فالأمم المسيحية أعداء الباب العالي وأصدقاء أباطور فرنسا يمكن لأفرادها أن يزوروا بيت المقدس تحت حماية الراية الفرنسية (المادة ٣٢ من الامتياز الأكبر) .

(٢) راجع Arminjon ٢٧١ — ٢٧٦ الحجج التي اعتمدت عليها الدول الأوروبية في منازعة فرنسا حق الحماية . ويعتبر الأستاذ أن هذه الحماية اجبارية بالنسبة للسويسريين ولكن الرأي الراجح المتبع عملا أنها اختيارية بمعنى أنه اذا ارتكب سويسري غير مقيد في إحدى القنصليات جريمة اختص القضاء الوطني لأنه لا يعتبر ممتازا . انظر نفس المرجع ٢٧٤ حيث يشير الى حكم استئناف من محكمة اكس صادر بنفس المعنى المتقدم .

(٣) انظر في هذا الصدد بحثا قيا للمستشار يوسف ذو الفقار بك في الجازيت ٩٠١٢ وما بعدها .

الأخيرة أن مفاوضات تجري كي تتقرر للسويسريين امتيازات على حدة ، بأن تعقد معهم معاهدة على نمط المعاهدة الألمانية . ولا يمكننا مطلقا أن نعتبر نجاح هذه المفاوضات خطوة في سبيل إلغاء الامتيازات الأجنبية !! اذ سيترتب عليها على الأقل زيادة الدول الممتازة ، فاذا ما أرادت جمهورية سويسرا أن تمثل لدينا سياسيا وجب أن يعامل رعاياها معاملة المصريين ، وهذا ما لا يرضون به^(١) !!! ويتقرر هذا النوع من الحماية عادة باتفاق بين الدول الممتازة والدول الأخرى غير الممتازة .

٥٧١ - ويجب التمييز بين الحماية السابقة والحماية السياسية العادية المقررة في القانون الدولي العام وهي حماية دولة لأخرى protectorat ، اذ يترتب عليها أن الدولة الحامية تحمي مصالح رعاية الدولة المحمية في البلاد الأجنبية الأخرى . فعند ما كانت مصر تحت حماية بريطانيا . كانت هذه الأخيرة تتكفل بحماية مصالح المصريين في الدول الأجنبية الأخرى ، أما الآن فيقوم بها الممثلون السياسيون المصريون في الخارج . فنظام الحماية الفردية المقرر في مصر للأجانب غير الممتازين في الأصل يؤدي الى نتائج أوسع بكثير من الحماية التي يطلبها رعايا دولة معينة من ممثليها السياسيين في الخارج^(٢) .

وقد أبحاث أيضا نصوص الامتيازات^(٣) حماية الهيئات الدينية الأجنبية ، فلفرنسا الحق في حماية الكنيسة الكاثوليكية في الشرق في مواجهة السلطات

(١) وقد تمت بين الدولتين معاهدة صداقة صدق عليها أخيرا .

(٢) ومما هو جدير بالذكر هنا أنه في أثناء حرب البلقان لم تتمكن تركيا ولا مصر من ابعاد بعض رعايا اليونان رغم حالة الحرب لأن الدول الأجنبية الممتازة اقتسمت حماية هؤلاء الرعايا ، فن الدول ما تخصص بالوجه البحري ومنها ما تخصص بالوجه القبلي راجع Messina . ٢٤٥ هاشم (١) .

(٣) انظر في تاريخ هذه الحماية الدينية مؤلف Scott ه ه وما بعدها . حيث يشير الى الخلاف الموجود بين الكنيستين الشرقية والغربية حول حماية الأماكن المقدسة . وظاهر أن أساس هذه الحماية بالنسبة للباب العالي الأخذ بمبادئ التسامح الاسلامي .

المحلية . فينوب ممثل فرنسا عن الهيئات الدينية الأجنبية بما فيها المدارس والمستشفيات والمعاهد العلمية الأجنبية أمام السلطات المحلية حتى لا يقع عليها أى اعتداء . فأساس هذه الحماية الدينية اذن هو احترام حرية العقائد . وكانت روسيا تحمى الكنيسة الأرثوذكسية ، وما زالت انجلترا تحمى الكنيسة البروتستانية . وهكذا تتمتع كل كنيسة غربية في مصر بحماية دولة أجنبية^(١) . وكثيرا ما وقع الخلاف بين هذه الدول ومما هو جدير بالذكر أن الرؤساء الدينيين لهذه الكنائس يتمتعون بنفوذ أيضا لدى الكنائس الشرقية ، وطالما سعت الدول لبسط حمايتها على الهيئات الدينية المسيحية المصرية ولكنها لم توفق الى ذلك^(٢) .

٥٧٢ — والنصوص التي تقرر جواز حمايتها الأجانب غير الممثلين أمام الباب العالي وكذلك الهيئات الدينية متفقة تمام الموافقة مع مبادئ القانون العام الاسلامية^(٣) ، وتقضى هذه المبادئ بأن الحربى الذى يمر ببلد بين المسلمين وبينه تعاهدا ، يعامل معاملة أهل هذا البلد ، لأنه قد أخذ الأمان عن طريق

(١) ويعوجب الاتفاقات الدبلوماسية التي تمت في سنة ١٧٨٥ مع فرنسا والنمسا والمجر والمانيا والروسيا أيسح للهيئات الدينية établissements religieux التابعة لها أن تتمتع بنفس الميزات التي يتمتع بها المثلون السياسيون بنفس الشروط ولذا سرت على هذه الهيئات بموجب اتفاقات خاصة أخرى نصوص ذكرتها ١٩٠١ الخاص بمعاملة الممثلين السياسيين والفنصليين في بنذيه الأولى والثانية . راجع Du Rausas . ٢ . ٣٨٢ وهذه الحماية مقصورة على الهيئات الدينية الفرنسية دون غيرها . أما الهيئات الأخرى فتظل على النظام القديم وبموجبها لا يقاضون ولا يتقاضون ، ولا يخفى ما في هذا المركز من اضرار بها في بعض الأحوال .

(٢) وكانت النمسا تتمتع بحق حماية الكاثوليك في السودان والفرنسيكان في الوجه القبلى وكذلك الكاثوليك الأقباط . وقد زالت هذه الحماية من الوجود الآن . ولا يغيب عن الذهن أن الحماية الدينية ليست حماية أفراد وإنما حماية طوائف أو هيئات . فارجن Scott . ٦٣ . ويترتب على هذه الحماية أن الهيئة الدينية تتمتع ببعض المزايا الجركية ، كما أن لها أن تنظم مدارسها دون أى تدخل من جانب السلطات المحلية .

(٣) فارجن Messina . ٢ . ٢٤٢ وبمخاصة هامش (١) .

استغلاله بظل الدولة المتعاهدة . ولكن لا يغيب عن الذهن أن هذا الحربي كتابي ، فليس من المعقول اذن أن يستفيد من الحماية من كان مسلما لأنه ليس بحربي . ولكن مع ذلك رفضت فرنسا الاعتراف بهذا الوضع وأيدتها في ذلك المحاكم المختلطة وكان ذلك بالنسبة للرعايا التونسيين ، اذ ادعت فرنسا أنهم يتمتعون بحمايتهم فيعاملون اذن معاملة الرعايا الفرنسيين ، ومعنى ذلك أن فريقا من المسلمين يمتاز في بلاد المسلمين ، لأن تخريج بعض النصوص تخريجا لفظيا يؤدي الى ذلك ^(١) . وقد اضطرت مصر تحت ضغط الظروف أن تعقد اتفاقا مع فرنسا سنة ١٨٨٦ تسلم فيه بوجهة النظر السابقة ولكنها استلزمت شروطا معينة لكي يتمتع هؤلاء التونسيون بهذه المعاملة ، أخصها تحرير قائمة بأسماء الموجودين منهم ، تحفظ نسخة منها في القنصلية وأخرى في وزارة الخارجية المصرية ، وهناك معاهدة أخرى بشأن المراكشيين ، ولكن لم يصدق عليها بعد . وقد قررت لجنة الشؤون الخارجية بمجلس النواب القديم (مجلس ١٩٣٠) عدم التصديق عليها رغم أنها نفذت فعلا ، وليس من الصعب التكهن بمصير هذا القرار !

والخلاصة اذن أن الدول الممتازة قد وجدت في نظام الحماية وسيلة للاكثار من الأشخاص الخاضعين لسلطانها ولسلطان محاكمها القنصلية ، فحمت حتى

(١) على أننا اذا رجعنا الى نص المادة ٣٢ من الامتياز الأكبر والمقرر لنظام الحماية وجدنا أنه يقرر الحماية لأفراد الأمم المسيحية أعداء الباب العالي . . . فلا محل اذن لتقرير هذه الحماية لرعايا الدول الاسلامية المحمية اذ من المعلوم أن الحماية لم تفقد هذه الدولة شخصيتها . وعلاوة على ذلك فإن أفرادها متحدون مع رعايا الدولة العلية في المشارب والثقافة والدين . قارن Arminjon . ٢٧٧ وما بعدها حيث يقرر أن أساس هذه الحماية المادة ٣٤ التي تقرر الامتيازات لكل من كان تابعا لدولة فرنسا tous ceux qui dépendent de la France وظاهر العمل في التفسير ومع ذلك فقد اتبع نظرا لضعف الدولة العلية .

المسلمين في مواجهة المسلمين^(١) . ولا شك أن في ذلك منافاة صريحة لأساس الامتيازات الأجنبية ولمبادئ الشريعة الفراء .

٥٧٣ — ولم تقف الاساءة عند الحدود السابقة بل رأت الدول الممتازة أن تبسط سلطانها حتى على المسلمين والذمين المقيمين في الديار العثمانية ، ووجدت سبيلا الى ذلك عن طريق طلبها تقرير نظام الامتيازات لمصلحة الوطنيين الذين يشتغلون في دورها السياسية والقنصلية كقواسين وتراجمه وكتبه وياسقجية^(٢) . الخ وكذلك لمصلحة الوطنيين الذين تعينهم الدول وكلاء قناصل لها في الأقاليم . فلما تقرر لها هذا الحق بدأت الدول الأجنبية في اعطاء الرعايا العثمانيين هذه الألقاب بصفة ألقاب فخرية . وقد وجد النفعيون من العثمانيين في ذلك مغنا لكي يتهربوا من دفع الضرائب والخدمة العسكرية . وقصارى القول أعتمدتهم مزايا الامتيازات فتناسوا واجباتهم الوطنية ودخلوا تحت سلطان القنصليات الأجنبية أفواجا يشتركون هذه الحماية أو البراءات وصاروا يعرفون باسم البرآتلية^(٣) . فلما ازداد عددهم زيادة فاحشة بسبب تنافس الدول صاحبات الامتيازات فيما بينها للاكثار منهم ، تنبه الباب العالي للخطر المحدق به فتخابر مع الدول كي توقف قناصلها عند حدهم ولكنه لم يجد سميعا . فاضطر الى الاستهتار بهذه الحماية الكاذبة فعذب أصحابها وأوراهم من أنواع العذاب

(١) وأساس هذه الحماية انهم يدخلون ضمن التابعين لها ressortissants والأصل في الحماية انها تكتسب اختيارا ولكن مع ذلك يصح أن تفرض جبرا في حالتين : الأولى الاتفاق السياسي الثانية حالة الأفراد التابعين للدولة الحامية كما هي الحال بشأن التونسيين — راجع Messina . ٢ . ٢٤٥ وما بعدها حيث يقرر أن الصفة الارادية للحماية تؤدي الى تعدد الحماية والتنازع .

(٢) وتقرر ذلك في امتياز ١٥٦٩ . قارن Messina . ٢ . ٢٥٤ وما بعدها في تاريخ نشوء هذا النوع في الحماية وأسبابه . ومن يقر الباب العالي تعيينه في هذه الوظائف كان يسمى برآتلى اذ يتسلم براءة بذلك .

(٣) قارن Messina . ٢ . ٢٥٩ وما بعدها حيث يشير الى اساءة استعمال هذا الحق من جانب السفراء الأجانب .

والتنكيل ألوانا ، فكانوا يقتلون خفية ويبعدون خارج الديار عنوة وتصفى أموالهم ، وأخيرا وجدت الدول أنه لا مفر من تنظيم الأمور على أساس جديد فصدر قانون القنصليات في (صفر ١٢٨٠) سنة ١٨٦٣ بعد موافقة الدول ^(١) .

٥٧٤ — ولقد فرق هذا القانون بين أصحاب الحماية العاديين ordinaires ويراد بهم الوطنيون الذين تحصلوا على حمايتهم قبل صدور هذا القانون . فبحثت حالتهم وحررت كشوف نهائية بأسمائهم فلا تمكن الاضافة عليها فيما بعد ، والحماية بالنسبة لهم دائمة بمعنى انها وراثية لأولادهم من بعدهم . أما أصحاب الحماية المؤقتة provisoire فيراد بهم موظفو القنصليات والهيئات السياسية الذين عينوا بعد نفاذ القانون ^(٢) فانهم لا يتمتعون بحمايتهم الا بعد تصريح من السلطات المحلية ، كما أن حمايتهم مؤقتة تنتهى بوفاةهم أو بخروجهم من وظائفهم ، وكذلك فانها مقصورة

(١) ولم يتعرض هذا القانون لتنظيم حالة القناصل أنفسهم اذ نظمت هذه الحالة من وجهة الاختصاص القضائي بموجب دكرينو أول مارس سنة ١٩٠١ وهاك نصه :

« لجميع الموظفين السياسيين أو القنصليين المبعوثين من الخارج Missi وعائلاتهم الحق في رفع الدعاوى على الغير أمام المحاكم المختلطة بدون أن يكون للغير حق مقاضاتهم أمام هذه المحاكم ، ولا تقبل الدعوى الفرعية عليهم الا لحد قيمة الدعوى الأصلية . فاذا كانوا مشغولين بالتجارة أو الصناعة أو كانوا يملكون أو يستثمرون عقارات في مصر فيكونون خاضعين لاختصاص المحاكم المختلطة في كل ما يتعلق بالمسائل التجارية أو الصناعية وبالدعاوى العينية العقارية ، التي لا مساس لها بصفته الرسمية — وجميع الموظفين الآخرين غير المذكورين في الفقرة الأولى وكذلك القواسون يكونون خاضعين لاختصاص المحاكم المختلطة في كل القضايا التي لا تتعلق بوظائفهم الرسمية » .

ومع ذلك فان دولة البرتغال قد وضعت بعض تحفظات الغرض منها اعتبار قنصلها الجنرال دائما بصفته تابعا لطائفة المبعوثين .

قارن Du Rausas . ١ . ٤٨٢ وما بعدها . ومجموعة بسطوروس . ١ . ١٨٥ وما بعدها .

(٢) وقلنا ان هذا الشخص يظل متمتعاً بمجنيته الأصلية وتظهر أهمية ذلك في حالة اسقاط الحماية أو سحبها لسبب من الأسباب ، هنا من جهة ومن جهة أخرى ، فان حقوقه وواجباته قبل دولته الأصلية تظل كما هي ولا تتأثر باكتسابه الحماية أو فقدها .

على أشخاصهم بخلاف الحماية الدائمة فانها تشمل الشخص وعائلته^(١) .
وقد تحسنت الأحوال تحسنا ظاهرا بعد العمل بأحكام هذا القانون ، اذ
استردت السلطات الوطنية سيادتها من جديد . وغنى عن البيان أن نظام
الحمايات قد زال من تركيا زوالا نهائيا بالغاء الامتيازات فيها ، ولطالما تمنى
الكتاب الأجانب أنفسهم زوال هذا النظام قبل ذلك لما في وجوده من مضار
كثيرة ، ولكن كان من اللازم انتظار النهضة القومية في تركيا لكي يختفى أمام
القوة الجديدة .

٥٧٥ — والآثار التي تترتب على تمتع شخص أجنبيا^(٢) كان أو وطنيا
بحماية دولة أجنبية تتلخص في أن يعامل هو وأفراد عائلته القصر معاملة رعايا الدولة
الحامية فتختص المحاكم المختلطة والقنصلية على حسب الأحوال بنظر منازعاته ، أما
فيما يتعلق بأحواله الشخصية فتظل الهيئات الوطنية مختصة بالنسبة للمصريين أصحاب
الحمايات ، أما بالنسبة للأجانب فتختص المحاكم القنصلية ولكنها تطبق تشريع
جنسية ذلك الأجنبي^(٣) . ولقد حاول بعض المحاكم القنصلية أن يدعى اختصاصه
بنظر مواريث أصحاب الحمايات المصريين بدعوى أن المواريث خارجة عن

(١) وقد تحدد عدد هؤلاء بمقتضى القانون قارن Messina . ٢ . ٢٧٥ وما بعدها ويدخل
ضمن هؤلاء أعيان الوطنيين الذين يعينون وكلاء قناصل vice-consuls et agents consulaires
في الريف اذا دعت لذلك المصالح التجارية لدولة معينة بعد الاتفاق مع السلطات المصرية .
ويخضع هؤلاء الأشخاص للمحاكم المختلطة في علاقتهم المدنية والجنائية أسوة بسائر الموظفين
المشار اليهم في الصلب أى انهم لا يعاملون معاملة القناصل والممثلين السياسيين من حيث
الاختصاص وتطبيق دكريتو أول مارس سنة ١٩٠١ . ونوجه النظر بهذه المناسبة الى أن
الهيئات الدينية الأجنبية في مصر الحق في تعيين مترجم dragoman ووكيل procureur ويعامل
هؤلاء معاملة الموظفين نظرائهم في القنصليات الأجنبية الممتازة من حيث تمتعهم بالحماية المؤقتة .
هذا وقد وضعت هذه الهيئات الدينية تحت حماية بعض الدول الأجنبية بموجب اتفاقات خاصة .
(٢) ولا أهمية لهذا التقسيم الثنائي من حيث الآثار المترتبة على الحماية وما تجلبه من مزايا
عدم الخضوع للسلطات المصرية .

(٣) واعتادت القنصلية الفرنسية أن تترك للمحاكم الفرعية الاختصاص في الأحوال
الشخصية الخاصة برعاياها المسلمين ما عدا المواريث .

الأحوال الشخصية وفاته أنها محكومة في مصر بالقانون الديني ، وأن التكييف يرجع فيه الى النظام الغالب ، فالاختصاص هنا لجهات الأحوال الشخصية المصرية وهذا ما أقرته المحاكم المختلطة باطراد فردت بذلك اعتداء المحاكم القنصلية ^(١) . على أن أصحاب الحماية من المصريين يعفون من الخدمة العسكرية ، وقد كانوا محرومين من حق الانتخاب في مصر وفقا للأمر العالي الصادر في سنة ١٩٠٠ ولكن سكت قانون الانتخاب الأخير عن إيراد هذا الحرمان ^(٢) ومع ذلك جرى العمل على ذلك . وغنى عن الذكر أن أصحاب الحماية على العموم يتمتعون أيضا بالامتياز المالي وبكل الحقوق المتعلقة بالاقامة . وطالما سخر هؤلاء الأشخاص لشل سلطة الحكومة المحلية ، وعدم تنفيذ الأحكام التي تصدر من السلطات القضائية الوطنية . ويضاف الى كل ما تقدم أنه كثيرا ما يترتب على صفتهم هذه الأضرار بالكثيرين الذين يتعاملون معهم على اعتقاد انهم خاضعون للقضاء المحلي . فاذا قاضوهم أمام المحاكم الأهلية فانهم يسكتون غالبا طوال نظر الدعوى لكي يستشكلوا في نهاية الأمر ، وتقول المحاكم المختلطة أن الاختصاص هنا متعلق بالنظام العام ! ! ويضيق المقام عن ذكر المساويء التي تنجم في العمل عن اتباع هذا النظام .

٥٧٦ — وثبتت الحماية بشهادة يقدمها الشخص من القنصلية التابع لها ، واذا تعارضت مع شهادة صادرة من السلطات المحلية عمل بهذه الأخيرة لأن السيادة الإقليمية يجب أن تسود في بلادها . واذا تعارضت مع شهادة صادرة من قنصلية أخرى فلمنحكمة الترجيح من ظروف الأحوال ، لأن الحماية أساسها التعاقد فاذا كانت ارادة الشخص متجهة أكثر الى دولة دون أخرى فتتبع ارادته ! ! ويشيرون بالأخذ بالقييد الأول اذا كان قد تم صحيحا .

٥٧٧ — وتنتهى الحماية ، فوق الأسباب السالفة ، بأسباب أخرى أخصها

(١) قارن Messina . ٢ . ٢٤١ والأحكام الكثيرة التي أشار إليها في هامش (١) .

(٢) ومع ذلك فإن لجنة قيد المشيخين بإميرية البحيرة رفضت قيد أصحاب الحماية .

تنازل الشخص نفسه عنها باعلانه القنصلية بذلك ، وبزواج المرأة من مصرى مثلاً . ويقولون انه اذا انتهت عقدة الزوجية فلها استرداد حمايتها من جديد^(١) . كما تنتهى الحماية أيضا باسقاط الدولة الأجنبية اليها . ويكون ذلك عادة عن طريق الجزاء . وليس للمحاكم المختلطة أية رقابة على عملية الاسقاط والشطب الساقطة . ولا شك أن زوال الدولة الحامية ينهى الحماية التى يتمتع بها الشخص .

(١) وظاهر هنا مقدار الشبهة بين الحماية وبين الجنسية مما دعا الى القول بأن الحماية جنسية مؤقتة .

الفصل الرابع

في

حالة الأجانب غير المتأزمين في مصر

٥٧٨ — فرغنا فيما تقدم من بيان حالة الأجانب المتأزمين ومن يلحق بهم من أصحاب الحماية أجانب كانوا أو وطنيين ، ونعرض الآن لدراسة حالة طائفة أخرى من الأجانب ، وهم غير المتمتعين بنظام الامتيازات . وإذا حاولنا حصر هذه الطائفة عن طريق الرجوع الى تاريخ الامتيازات وجدنا أن هؤلاء الأجانب هم التابعون لدول لم تكن ممثلة أمام الباب العالي أو لدول لم تتعاقد معه على تقرير امتيازات لرعاياها . والواقع أن عدد هؤلاء الأجانب كان ضئيلا ، وآية ذلك أن دولهم لم تفكر في السعى وراء تقرير معاملتهم معاملة ممتازة أسوة برعايا الدول الأخرى . ولقد رأينا أن الباب العالي لم يتردد كثيرا في تقرير الامتيازات لمختلف الدول حتى بعد أن بدا له خطرهما على وجوده وكيانه ، فقررهما مرة دلالة على سطوته وقوته ، وأخرى دلالة على ضعفه ووهنه .

على أن طائفة الأجانب غير المتمتعين بالامتيازات ليست مقصورة على السابقين دون غيرهم بل تلحق بهم جماعة العاطلين عن الجنسية ، ومن المعلوم أن عدد هؤلاء قد تزايد في العصور الأخيرة وأن نصيب مصر منهم ليس بالقليل .

٥٧٩ — والغريب أن هؤلاء الأجانب غير المتأزمين لا يوجدون جميعا في نفس المركز من حيث المعاملة في مصر بل تختلف حالهم باختلاف اتسابهم الى جنسية معينة أو عدم اتسابهم الى جنسية أصلا . فاذا انتسبوا الى جنسية معينة فهذه الجنسية اما أن تكون جنسية إحدى البلاد المنفصلة عن الامبراطورية العثمانية أو الجنسية التركية الحديثة ، واما أن تكون جنسية أجنبية أخرى . والمركز القانوني لهؤلاء وهؤلاء مختلف من حيث الاختصاص القضائي والاختصاص التشريعي سواء في العلائق الشخصية أو العلائق المالية . أما اذا لم ينتسبوا الى

جنسية أصلا فسرى أن المركز القانوني لهؤلاء الأشخاص غير واضح أصلا فيما يتعلق بأحوالهم الشخصية .

٥٨٠ - على أنه قبل بيان المركز القانوني للأجانب غير الممتازين من وجهة القانون الخاص نسارع الى القول بأن مركز هؤلاء من حيث القانون العام تحدده النصوص المصرية . ولم يصدر حتى الآن تشريع خاص بشأن هؤلاء الأشخاص ، وكل ما يمكن أن يكون موجودا في هذا الصدد هو نصوص المعاهدة المصرية الايرانية ^(١) والاتفاق المبرم بين الحكومة المصرية والحكومة الفرنسية بشأن اعتبار أهالى سوريا ولبنان متمتعين في مصر بالحماية السياسية وحدها ^(٢) . والمعاهدة الأولى أكثر ايضاحا في تنظيم حقوق الايرانيين في مصر من وجهة القانون العام . فأباحت المادة الرابعة لهم الحرية التامة في دخول مصر والاقامة فيها أى أن لهم حرية الذهاب والاياب والاقامة والتوطن مع مراعاة القوانين واللوائح المعمول بها في البلاد ، كما أن لهم أن يتمتعوا أسوة بالمصريين بالحماية المستمرة التامة وبالأمن بالنسبة لأشخاصهم وأموالهم وحقوقهم ومصالحهم طبقا لقواعد القانون الدولى العام . ولا تنفى الأحكام السابقة حق الحكومة المصرية في الابعاد وفقا لأحكام القانون الدولى العام .

وبمقتضى المادة الخامسة أتيح للايرانيين أن يباشروا في مصر كافة أنواع الصناعة والتجارة وكل حرفة أو مهنة مهما كانت الا ما خصص منها بقوانين البلاد للوطنيين دون الأجانب أو ما كان منها موضوعه احتكار الدولة ، أو احتكار تمنحه الدولة . وللإيرانيين أيضا حق امتلاك وحيازة المنقولات والعقارات والتصرف فيها مع مراعاة القوانين واللوائح المعمول بها في البلاد التى يقيمون فيها وتكون حالهم في ذلك كافة كحال رعايا أكثر الدول امتيازاً لديها !! ولا يجوز

(١) انظر ملحق هذا الكتاب .

(٢) انظر « أصبجى وكولومباني » ١١٥ وما بعدها .

أسوة بالوطنىين نزع أملاكهم ولا حرمانهم من الانتفاع بها ولو مؤقتا الا لسبب يعتبر قانونا من المنافع العامة وفى مقابل تعويض .

٥٨١ - وعلى ذلك يمكننا أن نقرر أنه بالنسبة لرعايا الدول غير المتأزمة يحق للحكومة المصرية فى خارج نطاق المعاهدات السالفة أن تنظم حالهم على الوضع الذى تراه مناسبا . والواقع الآن أنه لا يوجد تشريع خاص منظم لهذه المعاملة ، بل المتبع هو الرجوع الى مبادئ القانون العام المصرى . فلأجانب غير المتأزم حق الإقامة والتنقل داخل مصر سواء كان ذلك بطريق البر أو البحر ، ولكن للحكومة حق ابعادهم اذا كانوا غير مرغوب فيهم ، فحقها هنا لا يعرف قيذا سوى ما تقرر بنص خاص فى المعاهدات السابق الاشارة اليها . كما أنه يمكن للسلطات المصرية أن تقبض على الأجانب غير المتأزم لارتكابهم جرائم سواء أ كانوا متلبسين بها أم لا دون حاجة لاخطار الفصل التابع له المتهم . ويتمتع هؤلاء الأجانب بحزمة المسكن فى الحدود المرسومة فى التشريع المصرى ، فلا محل هنا للاستناد على بروتوكول Bourrée . وغنى عن الذكر أن حريتهم الدينية مضمونة أسوة بكل القطان فى البلاد ، ولكن لا تتمتع هيئاتهم الدينية ، ان وجدت ، بالحماية المقررة للهيئات الدينية الأخرى بل تعتبر شخصا معنويا عاديا . أما حرية التجارة واحتراف المهن فى ضمن حقوقهم ، ولكن هذا لا يمنع الحكومة ، ان رأت لزوما لذلك ، أن تحرم على البعض منهم احترام مهن معينة . ولم يصدر تشريع بهذا الشأن بعد .

والحقيقة أن المركز القانونى لهذه الطائفة من الأجانب مختلف بعض الشيء عن مركز الأجانب المتأزم ، ومع ذلك فإن المركز الواقعى متقارب تماثل . ويظهر أن علة ذلك ترجع الى أن الحكومة المصرية لا ترى مناسبا أن تصدر تشريعا من شأنه أن يسرى على الأجانب غير المتأزم دون المتأزم لما يحتمل أن يستتبعه هذا المسلك من التدخل السياسى من جانب دولهم ، اذ ستجد رعاياها فى مركز أقل من سائر الأجانب المتأزم .

٥٨٢ — ويحسن بنا أن نشير الى المعاملة الخاصة التي يتمتع بها رعايا بعض الدول غير الممتازة في مصر . وأقصد بذلك الإشارة الى رعايا دولة سويسرا . وقد رأينا أنهم يتمتعون بحماية بعض الدول الممتازة اذا ما قيدوا أسماءهم في إحدى قنصلياتها . ولقد أرادت سويسرا في العهد الأخير أن تنشئ لها تمثيلا سياسيا في مصر . ويترب على هذا الانشاء أن تتولى سفارة سويسرا حماية رعاياها . ومعلوم أن سويسرا ليست من الدول صاحبات الامتياز فتسقط اذن الحماية التي يتمتع بها رعاياها ويصبحون غير ممتازين . ولكن يظهر أن هذه النتيجة المنطقية لم ترض الجمهورية السويسرية فقاوضت الحكومة المصرية بشأن عقد معاهدة اقامة على نمط المعاهدتين المصرية الألمانية والمصرية النمسية ، أى أن يقرر لسويسرا الحق في القضاء القنصلى . ولم توفق الحكومتان لعقد هذه المعاهدة الخاصة بالاقامة بل انتهتا الى عقد معاهدة ود وصداقة ، ولم يتم الى الآن تمثيل سويسرا سياسيا في مصر . وأما الرعايا الألمان والنمسيون فنظمت حالتهم بالمعاهدتين السالفتين بعد زوال امتيازات هاتين الدولتين بمعاهدة فرساي وسان جرمان . ويستفاد من الأحكام الجديدة أن المانيا والنمسا ليستا من الدول صاحبات الامتياز ، إلا أن الأصل أن يعامل رعايا كل منهما معاملة رعايا الدول الممتازة عدا ما نص عليه في صلب الاتفاق . وأغلب هذه النصوص خاص باعادة القضاء القنصلى . ولكن الغريب أنه لم ينص في المعاهدة على وجوب خضوع الألمان والنمسيين للمحاكم الأهلية في معاملاتهم المدنية حتى ترتفع حجة المحاكم المختلطة بموجب نص وارد في الاتفاق الدولى . ومعنى السكوت عن ايراد هذا النص التشريعى ابقاء الخلاف القضائى بين المحاكم المختلطة والمحاكم الأهلية قائما . وقد كان من الطبيعى أن يفصل فيه على وجه يرضى مصر بعد أن وافقت على اعادة الاختصاص القنصلى ، سيرته الأولى .

كما أنه لا يغيب عن الذهن هنا أن توجه الأنظار الى حالة الرعايا الرومانيين . من المعلوم أن دولة رومانيا كانت جزءا من الأمبراطورية العثمانية القديمة ثم

انفصلت عنها بمقتضى معاهدة برلين فى سنة ١٨٧٨ . وقد نص فى هذه المعاهدة على أن حالة رعايا دولة رومانيا ستتنظم بمعاهدة خاصة فيما بعد على نمط معاهدات الدول الأوروبية الأخرى . ولكن لم تخرج هذه المعاهدة الى حيز الوجود حتى الآن ، بل زالت الامتيازات فى تركيا الحديثة كما أوضحناه . ولكن مع ذلك فإن العرف جرى فى مصر على الاعتراف بالاختصاص للمحكمة القنصلية الرومانية دون أن يتقرر ذلك بمعاهدة خاصة . أى أن إنشاء التمثيل القنصلى والسياسى فى مصر لدولة رومانيا أدى الى الاعتراف بالاختصاص القضائى للمحكمة القنصلية الرومانية . ولم تعترف الحكومة المصرية بذلك الوضع رسميا وإنما أقرته وزارة الخارجية المصرية . واعتادت الحكومة المصرية معاملة دولة رومانيا معاملة الدول الممتازة من بعض الوجوه ، فوجهت اليها مذكرتها الخاصة بأزمة المحكمة المختلطة الأخيرة ، كما أنها عاملت الموظفين من الرعايا الرومانيين فى الحكومة المصرية بقانون التعويضات الأخير الصادر فى سنة ١٩٢٣ . والخلاصة أن الرومانيين فى مركز يكاد يساوى مركز رعايا الدول صاحبات الامتياز وان تكن دولة رومانيا ليست ضمنها قانونا^(١) .

٥٨٣ — ومن عدا رعايا الدول السابقة لا يتمتع بأى امتياز ما فى مواجهة السلطات المصرية فتملك الأخيرة تحديد الحقوق العامة التى يباح لهم التمتع بها بموافقة قواعد القانون الدولى العام . وقلنا ان الحكومة المصرية لم تفكر فى وضع معاملة استثنائية لهؤلاء الأجانب محافظة على علاقة الود والمجاملة مع دولهم ومنعاً لعدم التسوية بينهم وبين الأجانب المتأزمين . وكل ذلك فى انتظار إلغاء الامتيازات الأجنبية برمتها يوماً ما وعندئذ تسترد السلطات المصرية سيادتها بالنسبة للجميع دون تفريق أو تمييز .

(١) ولذا لا يوجد بين قضاة المحاكم المختلطة قضاة رومانيون وان كانت الحكومة المصرية قد سمحت لدولتى ألمانيا والنمسا بترشيح قاض فى المحاكم المذكورة وذلك لأن الدولتين الأخيرتين كانتا من أصحاب الامتياز فيما مضى .

٥٨٤ — وإذا انتقلنا الى نطاق الحقوق الخاصة وجدنا أن الأجانب غير الممتازين في مركز قريب الشبه أيضا من الأجانب الممتازين . وبيان ذلك أن المشرع المصري لم يضع قيودا خاصة على تمتع الأجانب غير الممتازين بالحقوق الخاصة ، هذا من جهة ومن جهة أخرى فإن المحاكم المختلطة ادعت باطراد اختصاصها بنظر علائقهم القانونية المالية مع المصريين ومع الأجانب المخالفين لهم في الجنسية ونازعتها في هذا الادعاء المحاكم الأهلية ولكن لم توفق في ذلك إذ أن الأحكام المختلطة هي التي تحترم في النهاية . وأما العلائق المدنية الخاصة بالمنقول وعلائق الأحوال الشخصية فلا تعرف الجهة التي يرفع النزاع إليها ، إذ يصعب على المحاكم المختلطة أن تدعى بالاختصاص هنا لمخالفة ذلك لنصوص لأئحة الترتيب المختلطة . كل هذا لا ينفي حق المحاكم المختلطة في الفصل في العلائق السالفة إذا عرضت عليها بصفة فرعية أي بمناسبة نزاع أصلي يقع في اختصاصها وفقا لمسلكها الذي أشرنا إليه ، ويحق للمحاكم الأهلية الفصل في المنازعات المالية السابقة^(١) ، وأما المحاكم الشرعية فلا تختص إلا إذا تراضى الخصام على رفع النزاع أمامها وهذا نادر عملا . فالحلصة إذن أن الأجانب غير الممتازين يتمتعون بالامتياز القضائي في الحدود السالفة ، ولقد استتبع ذلك تمتعهم بالامتياز التشريعي ، نظرا للتلازم المعروف بين الاختصاص القضائي والاختصاص التشريعي . فلا يسرى التشريع المصري المدني على الأجانب غير الممتازين إلا بعد اتباع الاجراءات المنصوص عليها في المادة ١٢ م . م .

هذا من وجهة الاختصاص المدني والتجاري ، أما من وجهة الاختصاص الجنائي فيظهر أن الراجح هو اختصاص المحاكم الأهلية بنظر الجرائم التي تقع منهم إذ لا يعقل تركهم بغير عقاب . فليس هناك من محكمة قنصلية يمكنها أن تصدر حكما عليهم ، كما أنه لا يمكن إرسالهم لبلادهم لمحاكمتهم هنالك على جرائم ارتكبوها في الخارج لما هو معلوم من أن قوانين العقوبات لا تتجاوز الاقليم فلا تمتد الى الجرائم

(١) مع ملاحظة منازعة المحاكم المختلطة لها في الاختصاص .

التي ترتكب فى الخارج . نعم ان هذا الوضع مخالف لما هو متبع بالنسبة لرعايا الدول الممتازة ولكن لا ينفى أن المعاملة الأخيرة استثنائية وقد تقررت بمعاهدات خاصة فلا يصح التوسع فيها ، ولذا لا يمكن للدول غير الممتازة أن تعطى نفسها ميزات بعمل من جانبها وهو اصدار تشريع خاص لمحاكمة رعاياها على الجرائم التي يرتكبونها فى مصر . على أن المحاكم المختلطة نازعت المحاكم الأهلية الاختصاص بالنسبة لمخالفات البوليس فقررت اختصاصها بنظرها مفسرة كلمة « أجنبي » بأنها تشمل كل رعايا الدول الأجنبية ممتازة أو غير ممتازة . فاذا سلمنا لها بهذا الاختصاص أصبح اختصاص المحاكم الأهلية مقصورا على الجنح والجنايات .

٥٨٥ — ولنا علاوة على ما تقدم ملاحظتان هامتان : أما الملاحظة الأولى، فموضوعها أن اختصاص المحاكم المختلطة بنظر قضايا الأجانب غير المتأزم لا يشمل الأجانب التابعين للدول المنفصلة عن الإمبراطورية العثمانية بعد الحرب العظمى ولا رعايا الجمهورية التركية الحديثة . ويظهر أن المحاكم المختلطة رأت هنا الصعوبة الظاهرة فى أن تقرر استفادة هؤلاء الأشخاص من نظام الامتيازات الذى كان ساريا فى الأصل ضدّهم وبخاصة اذا لاحظنا أن نظام الامتيازات قد اختلف فى هذه البلاد نظرا لتغير حالتها السياسية^(١) . وجدير بالذكر أن الأجانب التابعين للدول التي انفصلت عن الإمبراطورية العثمانية قبل الحرب يمتد اليهم الاختصاص المختلط كالألبانيين مثلا اذا انفصلت البانيا عن الإمبراطورية العثمانية فى سنة ١٩١٣ . وغنى عن البيان أيضا أن هذا الاختصاص لا يمتد الى رعايا دولة ايران بعد عقد الاتفاق السابق الاشارة اليه بين مصر وايران . وأما الملاحظة الثانية ، فموضوعها أن تركّات الأجانب غير المتأزم الذين يتوفون فى مصر بغير ورثة ظاهرين أو عن ورثة قصر تسلّم فى العادة لقناصلهم اذا كان هؤلاء الأجانب من الأوروبيين وتوضع تحت مراقبة المجلس الحسى اذا كانوا من الشرقيين .

(١) راجع الاتفاق الخاص بمعاملة الرعايا السوريين والبنانيين فى مصر وقد نص فيه صراحة على أن هؤلاء الرعايا لا يتمتعون بأى امتياز قضائى فى مصر ففى ذلك على كل شبهة فى الموضوع .

وهذا التفريق في المعاملة لا يستند الى نصوص قانونية ظاهرة بل يجري على عكس الأحكام التشريعية . وفي اعتقادنا أنه يتركز على عقيدة ثابتة وخاطئة ، مؤداها أنه اذا كان للأجنبي الأوروبي قنصلية في مصر تولت كل شئونه الخاصة ومنها الميراث . وقد وصل الى علمنا أن وزارة الخارجية المصرية ارتأت مرارا أن تنبه جهات الادارة الى الاقلاع^(١) عن هذا المسلك الذي يثير احتجاج قنصليات الدول الشرقية الصديقة نظرا للتمييز في المعاملة دون مبرر مشروع .

٨٨٦ — ولا محل لتمتع الأجانب غير الممتازين بالامتياز المالي ولكن مع ذلك لم تفرض الحكومة عليهم ضرائب خاصة للأسباب التي بينها من قبل .

٥٨٧ — ويدخل ضمن الأجانب غير الممتازين الأشخاص العاطلون عن الجنسية فكيف يتحدد مركزهم ! رأينا أن حالة اللاجنسية قد تنشأ عن أسباب متعددة^(٢) وأنه رغم تحرز المشرع المصري ضد هذه الحالة غير المرغوب فيها فانه لا مناص من وجودها . وقد كثر عدد الأشخاص الذين لاجنسية لهم في مصر بعد الحرب العظمى بعد أن نزح اليها اللاجئين الروس والأرمن الذين أسقطت عنهم الجنسية الروسية والتركية على الترتيب السالف . كما أن رعايا الروس الموجودين في مصر أثناء الحرب والذين ظلوا مقيمين فيها حتى الآن أسقطت عنه الجنسية الروسية فلا هم روس ولا هم سوفيت ، وحتى اذا اعتنقوا الجنسية الأخيرة فانه لا مناص من ابعادهم من مصر لأن الحكومة السوفيتية غير معترف بها حتى الآن من جانب الحكومة المصرية . فحالة اللاجنسية معترف بها في أغلب الدول وان كان بعض الفقهاء قد طعن في صحة وجودها القانوني^(٣) ، ولكن المقرر فقها

(١) وهذه الصعوبة تعتبر محلولة بالمرسوم بقانون رقم ٤٠ . ١٩٣٦ السابق الاشارة اليه ولكن مصير هذا القانون موضع شك كبير . اذ من الواجب عرضه على البرلمان في دورته الحالية من جديد .

(٢) فارن قبله ٥٨٧ ويبحث الأستاذ Maro Vichniao المعنون "Le Statut International des Apatrides" مجلة أكاديمية لاهاي . ٤٦ . ١١٩ — ٢٤٣ وبخاصة ١٣٦ وما بعدها .

(٣) بحث Vichniao ١٢٦ .

وقضاء أن حالة اللأجنسية حالة قانونية وأنه لا بد من تنظيمها صيانة لحقوق هؤلاء الأفراد البائسين ، اذ لا يعرف بالضبط مدى حقوقهم العامة ، وان عرف مدى هذه الحقوق فما هى الهيئة التى تتولى حمايتهم سياسيا ؟ هذا من جهة ومن جهة أخرى فانه يصعب معرفة مقدار تمتعهم بالحقوق الخاصة ، اذ كيف تثبت شخصيتهم ، وكيف تتحدد أهليتهم فى عقد الزواج وغيره من سائر العقود والتصرفات المالية والشخصية ولذا كان من الضرورى وضع حل لهذه الصعوبات .

٥٨٨ — وبدهى أن لهذه الصعوبات نظائرها فى سائر البلاد الأخرى ولذا فكر بعض الدول فى حلها بطريقة دولية ، فتدخلت عصبة الأمم فى شأنهم وأرادت تنظيم حالهم ، فعقدت الجلسات والمؤتمرات فى هذا الصدد وانتهى كل ذلك بوضع مشروعات لم تر التنفيذ بعد^(١) . ومع ذلك فقد اتخذت بعض الاجراءات بقصد اعطاء هؤلاء الأفراد تذاكر اثبات شخصية تبيح لهم التنقل من بلد الى آخر^(٢) . فلما فشل هذا التنظيم الدولى ، فكرت الدول التى كان لها نصيب أوفى من هؤلاء اللأجئيين والمهاجرين فى تنظيم حالهم فلم تقلح وترك الأمر للفقهاء والقضاء . فارتأى بعض المحاكم فى أول الأمر بالنسبة للروس القدماء تطبيق قانونهم الروسى القديم^(٣) ، وكان ذلك فى البلاد التى لم تعترف بالحكومة السوفيتية . وهذا الحل كما هو ظاهر جزئى ومقصود على طائفة معينة من الأشخاص العاطلين عن الجنسية فماذا يكون الحكم بالنسبة للآخرين ؟ ورأى بعض المحاكم فى دول أخرى أن تطبق فى المسائل الخاصة بالروس وغيرهم المبادئ العامة فى القانون^(٤) !! وهذا الحل رغم ابهامه له ميزة التعميم اذ أنه شامل لكل الأشخاص الذين لا جنسية لهم . وأما أغلبية المحاكم فارتأت تطبيق قانون الوطن فان لم يوجد طبق قانون محل

(١) انظر بحث Vichniao . ٢٣٩ — ٢٤٣ .

(٢) انظر بحث Vichniao . ١٩٠ .

(٣) انظر بحث Vichniao . ١٧٨ .

(٤) انظر بحث Vichniao . ١٨١ .

الاقامة^(١) . وعندى أن هذا الحل هو أسلمها وبخاصة إذا لاحظنا أن الحركة العالمية الآن تتجه نحو تطبيق قانون الموطن في مسائل الأحوال الشخصية لجميع الأشخاص بغض النظر عن جنسياتهم .

٥٨٩ — أما في مصر فإن الحقوق العامة للأشخاص عديمي الجنسية هي بعينها المقررة لسائر الأجانب غير الممتازين ، ولم يضع المشرع قيودا في هذا الصدد فالواجب إذن اتباع المبادئ العامة في القانون العام المصرى مع ملاحظة عدم وجود هيئة سياسية تتولى حمايتهم ازاء السلطات العامة المصرية . أما من وجهة الحقوق الخاصة فلهم سائر الحقوق المعتادة المقررة في التشريعات الأوروبية . وقد تفضلت المحاكم المختلطة بمنحهم الامتياز القضائي وبالتالي الامتياز التشريعي باعتبار أنهم أجانب غير متمتعين بالجنسية المصرية^(٢) ، فطبقت بالنسبة للروسين قانونهم القديم في أحوالهم الشخصية . وقد شرحنا هذه المسألة من قبل بما فيه الكفاية^(٣) . وغنى عن البيان أنه لا محل لتمتع هؤلاء الأشخاص بالامتياز المالى . وهذا هو الوضع القانوني ، وقد قلنا ان الوضع المادى يفيد عدم وجود أية ضريبة مباشرة على هؤلاء الأشخاص أو على الأجانب غير الممتازين .

ومما هو جدير بالذكر أن عدد الأشخاص الذين لا جنسية لهم قد بدأ في التناقص في العهود الأخيرة اذ تجرى الحكومة على منحهم الجنسية المصرية عن طريق التجنس .

٥٩٠ — على أنه لا مفر من خضوعهم في الاختصاص الجنائي للقضاء الأهلى .

(١) انظر بحث Vichniao . ١٨٨ .

(٢) مصر المختلطة ٢٤ ديسمبر ١٩٢٣ جازيت . ١٤ . ٢٣١ والأحكام السابق الاشارة اليها بالنسبة للروس القدماء أما بالنسبة لمن لا جنسية لهم أصلا انظر ١٢ ابريل ١٩٢٣ جازيت . ١٣ . ٢٠٣ .

(٣) انظر قبله ٦١٧ .

الفصل الخامس

في

الأشخاص المعنوية الأجنبية^(١)

٥٩١ — رأينا مقدار ما يتمتع به الأجانب على اختلاف جنسياتهم من حقوق في مصر، ولا جدال في أن أغلبيتهم تتبوأ مركزا ممتازا تتعالى به على المصريين في بلادهم. وهناك ناحية أخرى في الموضوع جديرة بالبحث وهي خاصة بالأشخاص المعنوية الأجنبية، فكيف تعامل في مصر وما هو مركزها؟

٥٩٢ — لاشك أن في تقرير الامتيازات والحقوق السالفة للأشخاص المعنوية الأجنبية على النمط الذي يتمتع به الأشخاص الذاتيون خطورة بالغة، لأن الأشخاص المعنوية قوية بأموالها، وبتأليفها من جماعات من الأجانب لها أغراض بعيدة المدى، يسهل تحقيقها على مر الزمان. فالشخص المعنوي أطول عمرا من الشخص الطبيعي، وله ما رُب أوسع كما أن وسائله في هذا السبيل أكثر مضاعفا لما يملكه من أموال منقولة وعقارية ولتجرده عن المعنويات التي تعرقل أعمال الأفراد أحيانا. فهل تعامل الأشخاص المعنوية الأجنبية في مصر نفس المعاملة التي يعامل بها الأشخاص الذاتيون من الأجانب^(٢)؟

٥٩٣ — وللإجابة على ما تقدم يلزمنا أن نبحث ثلاث نقاط هامة. الأولى: متى يعتبر الشخص المعنوي أجنبيا، وهذه هي المسألة الشهيرة بجنسية

(١) وأهم المراجع هي بحث Maurice Travers المنشور في مجلة أكاديمية لاهاي ١٩٣١ ومقال Maurice Leven . المجلة . ١٩٣٢ ودروس الدكتوراه Lévy-Ullmann . ١٩٣٥ . ٥٢ وما بعدها . ومقال Arminjon . المجلة ١٩٢٨ . ومقالة عن الشركات الأجنبية في « مصر العصرية » ٢ . ٢٢٩ — ٢٧٥ .

(٢) وعلى أية حال فإن أغلب هذه الاعتراضات يثار أيضا بشأن الأشخاص المعنوية الوطنية ولكن الأشخاص المعنوية الأجنبية هي التي تهتمنا من وجهة القانون الدولي الخاص . فإرن مختصر دالوز . نبذة ١٦٠ حيث يشير إلى حق المشرع الفرنسي في منع الأجانب من الاشتراك في تكوين بعض الأشخاص المعنوية الفرنسية إذا راق له ذلك .

الشخص المعنوى . الثانية : هل يعترف بالشخص المعنوى الأجنبى فى مصر .
الثالثة : هل يمكن للأشخاص المعنوية الأجنبية أن تمارس نشاطها فى مصر ، أو
بعبارة أخرى ما هو مدى هذا الاعتراف ؟ وهاك البيان :

٥٩٤ — متى يعتبر الشخص المعنوى أجنبيا ؟ من المقرر الآن فقها وقضاء
أن الشخص المعنوى كالشخص الطبيعى يتمتع بالجنسية^(١) . وأنه على هذا
الأساس يوجد شخص معنوى أجنبى ، كما يوجد شخص معنوى وطنى . والوصول
الى هذه النتيجة قد تقدمته خلافات طويلة . فكان من رأى البعض أن الشخص
المعنوى ، ووجوده وهمى تصورى ، لا يمكن أن تكون له جنسية تربطه
بدولة ما ، فرابطة الجنسية وهى رابطة سياسية مقصورة على الأشخاص
الذاتيين^(٢) . ولكن طرحت الآن نظرية اعتبارية الشخص المعنوى جانبا
وحلت محلها نظرية حقيقية الشخص المعنوى . هذا من جهة ، ومن جهة أخرى
فانه لا تلازم بين الجنسية والحقوق السياسية اذ النبء فى مصر وفرنسا يتمتعن
بالجنسية ومع ذلك لا يمارسن الحقوق السياسية .

وعلى أية الأحوال فجنسية الأشخاص المعنوية مقررة فى مصر تشريعا
اذ تتكلم المادة^(٣) ٤٧/٤١ تجارى أهلى ومختلط عن جنسية الشركات المساهمة

(١) انظر مقال الأستاذ عبد المنعم رياض « جنسية الشركات التجارية فى مصر » باللغة
الفرنسية بمجلة القانون والاقتصاد .. ٢ . ٢٧٠ .

(٢) قارن Pillet-Niboyet . ٣٥٠ وما بعدها حيث يقرر أنه من الممكن استبدال جنسية
الشركات بحالة الشركات statut juridique de la société وكذلك ٣٥٣ هامش (٤) .

(٣) واعترفت معاهدة فرساي بجنسية الشركات التجارية فى نص المادة ٢٩٥ وكذلك
المادة ٢٤٩ من معاهدة سان جرمان والمادة ١٧٧ من معاهدة Neuilly . ومقتضى النصوص
السابقة أن جنسية الشركة تتحدد وفقا « لضابط المراقبة » Criterium de contrôle بمعنى أنه
اذا كانت الكلمة العليا فى الشركة للشركاء الأجانب فالشركة أجنبية ولو أنها تكون قد
تأسست فى الدولة ولو بتصريح منها . والغرض من اتباع هذا الضابط التمسك بحقيقة الواقع
بدلا من اتباع الظاهر . وقد أخذت المحاكم الفرنسية بهذا الضابط منذ الحرب لبيان صفة العدو
وكذلك أخيرا فى قضية Remington على وجه آخر سنبينه فيما بعد .

وتعترف لها بالجنسية المصرية اذا ما تأسست في مصر^(١). وهذا النص وان كان يتكلم عن الشركات المساهمة التي تؤسس في مصر، فمع ذلك من المقرر أنه يفصل في الوقت نفسه في جنسية الأشخاص المعنوية على العموم، اذ يعترف بوجود جنسية لها، وكذلك يميز بين الأشخاص المعنوية التي تتمتع بالجنسية المصرية والأشخاص المعنوية التي تتمتع بالجنسية الأجنبية عن طريق القياس العكسي^(٢).

فهل تتمتع جميع الأشخاص المعنوية على اختلاف أنواعها بالجنسية المصرية اذا ما تأسست في مصر؟ في الأمر تفصيل لا بد منه، ومداره أن الشخص المعنوي الذي ينشأ في مصر اما أن يكون شركة Société أو جمعية Association وتلحق بها المؤسسة Fondation^(٣)، فان كانت الشركة مساهمة فليس في الأمر خلاف متى تمت عملية التأسيس في مصر، تلك العملية التي تتلخص في اجتماع الأعضاء المؤسسين والاكتتاب في رأس المال وتوقيع العقد المبين لإدارة الشركة Statut وميدان أعمالها. الخ فالشركة في هذه الحالة مصرية بصريح النص السالف الإشارة اليه^(٤). وعليها أن تجعل مركزها الرئيسي في مصر siège social.

(١) وهذا الوضع يخالف ما كان متبعاً قبل نظام الإصلاح اذ كانت هذه الأشخاص أجنبية أو متمتعة على الأقل بحماية أجنبية ٢٩ ابريل ١٩٠٨ م. ت. م. ٢٠. ٢٢٢.

(٢) النظر ١١ ابريل ١٩١٢ م. ت. م. ٢٤. ٢٧٤ والحكم خاص باعتبار شركة مياه الاسكندرية شركة انجليزية لتأسيسها في الخارج ولو أن محل عملها الرئيسي هو مصر. وبفس المعنى ١٩ فبراير ١٩٢٧ م. ت. م. ٣٩. ٢٥٣ اذ يكفي بعملية التأسيس فقط من دون الاستغلال وفقاً لأحكام التشريع المصري. والحكم خاص بشركة ترام الاسكندرية.

(٣) والفارق بين المؤسسة والجمعية أن كيان الأولى وجود أموال مخصصة لتحقيق غرض معين كالأوقاف مثلاً في رأينا، أما في الثانية فكياتها وأساسها وجود أشخاص يرمون الى تحقيق أغراض معنوية فالأشخاص هنا لهم اعتبار ظاهر بخلاف الحال في المؤسسة. وعلى أية حال فالمؤسسات والجمعيات من المنشآت ذات النفع العام d'utilité publique عادة.

(٤) ومع أن هذه الشركات مصرية الجنسية فان المحاكم المختلطة أخضعتها لاختصاصها تطبيقاً لنظرية الصالح المختلط، اذ كون الشركة مساهمة يجعل من المحتمل دائماً وجود مساهم =

أما إذا كانت الشركة شركة تضامن أو توصية مدنية كانت أو تجارية، فتقضى المبادئ العامة فى القانون^(١) وكذلك يقضى المنطق السليم باعتبارها مصرية إذا تأسست فى مصر، وباعتبارها أجنبية إذا تأسست فى الخارج، ولكن المحاكم المختلطة قررت مع ذلك باطراد أن جنسية الشركة تتحدد فى هذه الحالة بجنسية أعضائها فإذا كانوا جميعا يونانيين مثلاً فشركتهم يونانية خاضعة للقانون اليونانى^(٢)، وفى هذا تؤكد لمتنع هذه الشركات بنظام الامتيازات. ولم تقف المحاكم المختلطة عند هذا الحد بل قررت وجود جنسية مختلطة *nationalité mixte* لشركات الأشخاص السالفة الذكر إذا كان أعضاؤها مختلفى الجنسية^(٣). ولا شك فى غرابة هذا النوع من الجنسية، وكان الأولى بدلا من ابتداع هذا الاصطلاح الذى يشعر بنقص السيادة المصرية على أراضيها أن يكتفى بالقول بأن هذه الأشخاص

= أجنبي فى الحال أو فى الاستقبال. وقد كانت هذه المسألة خلافية حتى سنة ١٨٨٤، ولكن استقرت عقب ذلك بمقتضى قرار المؤتمر الدولى الذى عقد فى مصر وقد أقر اختصاص المحاكم المختلطة تفسيرا للمادة التاسعة من لائحة ترتيبها. وقد حكمت المحاكم المختلطة أخيراً باختصاصها بنظر قضايا بنك التسليف الزراعى اتباعا للنظرية السالفة رغم وجود نص صريح فى عقد تأسيسه بخضوعه للمحاكم الأهلية فى علاقاته مع المصريين. وتوجد بيانات هامة فى هذا الصدد فى مؤلف الأستاذ رياض ٢٠. ٢٣٣. وقد اعتبر القضاء المختلط وجود صالح مختلط إذا ما كانت الشركة توصية بأسهم *société en commandite par actions* انظر المجلة ١٩٣١. ١٢١٧ وبه تعليق.

(١) لأن الشخص المعنوى مدين بكيانه للدولة التى ينشأ على رقعتها ووجوده معلق على اجازتها اجازة صريحة أو ضمنية « حكم محكمة اسكندرية ٤ يناير ١٩٣٤ محاماة ١٤٠. ٣٧٥ ». قارن مع ذلك أرمنجون « الأجانب... ٢٠٥ وما بعدها وبخاصة ٢١٦ حيث يقرر أن نص المادة ٤٧ ف. م. م. استثنائى » ١١

(٢) ١٢ ديسمبر ١٨٩٥ م. م. ت. م. ٨. ٤١ ومع ذلك فإذا اختار هؤلاء الشركاء شكلا لشركتهم مخالفا لما هو مقرر فى القانون المصرى فشركتهم باطلة كما إذا اختار جماعة من الايمان شركة أشخاص محدودة المسئولية. قبله ٣٤٤ هامش (٢) وكذلك أرمنجون المرجع السابق ٢٢٦ وما بعدها فى المناهب المختلفة فى هذا الصدد.

(٣) انظر ١٢ يونيو ١٩٠٧ م. م. ت. م. ١٩. ٣٠٤ و ١٧ يونيو ١٩١٥ م. م. ت. م. ٢٧. ٤١٩.

مصرية^(١) ولكنها خاضعة للقانون المختلط .

أما الجمعيات والمؤسسات ذات الأغراض المعنوية فيقضى المنطق السليم أيضا باعتبارها مصرية متى تأسست في مصر . أما المحاكم المختلطة فانها تتبع التفرقة السالفة التي أساسها جنسية الأعضاء . وهذا القضاء منتقد كما قدمنا^(٢) .

٥٩٥ — والمقياس الذي اتبعه المشرع المصري في تقريره الجنسية للأشخاص المعنوية هو التأسيس الذي يتبعه المركز الأساسي . وقد كان هذا المقياس متبعاً في القضاء الفرنسي اذ ذاك ، أما الآن فقد عدل عنه الى مقياس آخر هو معرفة مركز استغلال أموال الشركاء الذين يمثلون أغلبية رأس المال ، فيكون للشخص المعنوي جنسية بلد هذا المركز . والمقياس مزدوج^(٣) كما هو ظاهر ، اذ

(١) ولعلمهم أرادوا به الإشارة الى صفتها الدولية .

(٢) على أن المحاكم المختلطة تحتاط هنا في تطبيق نظرية الصالح المختلط اذ لا تعتبر مجرد وجود صالح معنوي لأجنبي من شأنه أن يعطيها الاختصاص ومن باب أولى لا يكفي لايجاد ما سمته بالجنسية المختلطة . قارن ٣ يونيه ١٩١٤ . جازيت ٤ . ٢٠٥ و ٢٢ مايو ١٩١٢ . م . ت . م . ٢٤ . ٣٤٨ وعكس ذلك ٢٦ مايو سنة ١٩٣٢ الجازيت . ٢٤ . ٧٨ وبالنسبة للطوائف الدينية انظر ٤ ابريل ١٩٢٨ . م . ت . م . ٣٦ وقد حكم أن للوقف جنسية تتحدد بالدولة التي توجد فيها الأموال الموقوفة ٥ فبراير ١٩٢٤ . م . ت . م . ٣٦ . ٢٠٢ فلا محل اذن لاعتبار جنسية الواقف أو المستحقين . راجع ٢٠ مايو سنة ١٩٣١ . جازيت ٢٣٠ . ٣٧٥ ومقال فؤاد حسنى بك المنشور في الجازيت ٢٢ . ٩٩ — ١٠٤ والأحكام التي أشار اليها وكذلك Messina . ٨٠٤ .

(٣) انظر Lévy-Ullmann دروس الدكتوراه ١٩٣٣ — ١٩٣٤ . ٥٥ حكم النقض الفرنسي ١٢ مايو ١٩٣١ . سيرى ١٩٣٢ . ١ . ٥٧ فيما يتعلق بالملكية التجارية وقد عزز هذا الحكم بآخر صادر من الدائرة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية في ٢٤ يوليه ١٩٣٣ . المجلة ١٩٣٤ . ١٠٩ مع تعليق الاستاذ Niboyet . وقرر الحكم أنه لا يصح للشركات الفرنسية التي يديرها أجنب أن تدعى قبل الحكومة الفرنسية بحقوق أساسها القانون العام اعتماداً على صفتها الفرنسية لأن الاعتراف بالجنسية للشركات والأشخاص المعنوية ينتج آثاره بالنسبة للقانون الخاص دون القانون العام . ومعنى ذلك أنه لا يستفيد من مزايا القانون العام سوى الشركات الفرنسية التي يكونها فرنسيون . قارن Pillet-Niboyet . ٣٥١ وما بعدها . أما غيرها من الشركات الفرنسية اصماً والتي يؤسسها أجنب فالفصل في أمر جنسيتها متروك للقضاء الاداري دون القضاء المدني . راجع تعليقا على هذا القضاء في موسوعة القانون الدولي الملحق السابق . ٢٥٢ . بند ٩ .

يعتمد على جنسية الشركاء من جهة ومكان استغلال أموالهم من جهة أخرى ، أى مصدر رأس المال . ويرجع تقريره الى اعتبارات الحرب ، اذ فى غضونهما تبين وجود أشخاص معنوية فى فرنسا تتمتع بالجنسية الفرنسية مع أن المشرفين عليها والذين يديرونها حقيقة هم أجانب من الأعداء . فابتدع القضاء هذا المقياس لى يسهل مهمة مصادرة أموال هذه الأشخاص المعنوية التى لها فى الواقع صفة العدو . وظل القضاء متبعاً هذا المقياس حتى الآن ^(١) فيما يتعلق ببعض الحقوق .

٥٩٦ — والواقع أن الشخص المعنوى قد يتأسس فى دولة معينة وتحيط بتأسيسه فى الوقت نفسه جملة عوامل أجنبية كأن يكون بعض المؤسسين أجانب ، أو يوجد مكان أعماله فى بلد آخر . ونسوق على سبيل المثال شركة قنال السويس فهذه الشركة تكاد تكون عالمية ، اذ أنشأها دى لسبس ومركز إدارتها فى فرنسا والقنال موجود فى مصر وكان للحكومة المصرية نصيب قدره ١٥ ٪ من الأرباح ، كما أن أسهمها محررة فى أربعة لغات ، ومجلس إدارتها يتكون من ٣٢ عضواً ينتسبون الى خليط من الدول ولكن لم يمنع كل هذا من اعتبارها شركة مصرية بموجب حكم صادر من محكمة الاستئناف المختلطة ^(٢) .

ودعى وجود كل هذه العوامل الى الاختلاف حول المقياس الواجب الاتباع ،

(١) ولما عرضت مسألة جنسية الشركات التجارية فى مؤتمر القانون المصارى بلاهاى (١٩٣٢) اتخذ فيها قراراً مؤداه أن جنسية الشركة تحدده بقانون الشائها *la loi de création* أى قانون بلد التأسيس مع الاحتفاظ للبلاد الأخرى بالحق فى اتخاذ الاجراءات التى تراها لازمة لحماية مصالحها . ويرى من هذا القرار الرغبة فى العودة الى المقياس التقليدى القديم نظراً لسلامته مع الاعتراف بالحفظ الذى دعت اليه ضرورات الحرب بالنسبة للشركات التى توجد تحت مراقبة العدو *sociétés contrôlées* رغم تمتعها بالجنسية الوطنية . فرغبة فى التحوط ضد هذه الظروف الطارئة وضع التحفظ السالف ورجع الى المقياس القديم . وعلى أية حال فقد بدأ هذا الاتجاه يظهر فى القضاء والفقه فى فرنسا عقب الحرب راجع موسوعة القانون الدولى الملحق (١٩٣٤) . ٢٥٠ بند ٤ . وانظر قبله ٧٠٩ هامش (٣) .

(٢) حكم ٤ يونيه ١٩٢٥ . م . ت . م . ٣٧ . ٤٦٧ اذ اعتمد على أن مصر هى بلد التأسيس وغض الطرف عن كل الاعتبارات الأخرى .

فقال البعض باتباع جنسية الأعضاء أو أغليتهم على الأقل أو الجنسية التي يختارها الشركاء . . الخ ولا تقل الآراء في هذا الصدد عن تسعة^(١) ، يمكن تقسيمها في الواقع تقسيما علميا على الوجه الآتي : أولا : أما أن يؤخذ بالاعتبارات الخاصة بالأشخاص . ثانيا : أما أن يؤخذ بالاعتبارات الموضوعية المتعلقة بالمال أو بمركز النشاط .

٥٩٧ — وعلى أية حال فانه وفقا للتشريع المصري ، اذا كان تأسيس الشركة (أو الشخص المعنوي على العموم) قد تم في الخارج فهو متمتع بالجنسية الأجنبية^(٢) . وتتبع أحكام هذا القانون فيما يتعلق بوجود الشخص المعنوي وفنائه ، وقدرته على التمتع بالحقوق وتحمل الالتزامات ، وكذلك اكتسابه لجنسية جديدة . كل هذا بشرط أن يكون التأسيس الذي تم في الخارج^(٣) حقيقيا لا صوريا fictif أى لم يكون موجودا من باب التحايل بقصد التهرب من تطبيق أحكام التشريع المصري ، فاذا ثبت ذلك اعتبر تكوين الشخص المعنوي باطلا^(٤)

(١) فعلاوة على ما أوردناه في الصلب يمكن أن تتعدد جنسية الشركة وفقا لقانون الدولة التي تكونت على اقليمها أو التي حصل فيها الاكتاب برأس المال أو التي يجتمع فيها مجلس ادارتها أو جمعيتها العمومية أو التي يكون فيها موطن الشركة *domicile social* أى محل عملها أو في النهاية وفقا لما يقضى به قانون القاضي المرفوع اليه التزام . راجع في تفصيل ما تقدم مؤلف Bustamante . ١ . ٣٢٣ وأرمنجون . ٢ . ٣٩٤ وبخاصة هامش (٤) حيث تجد حلا اقترحه الكاتب .

(٢) وتلحق هذه الجنسية فرعه *succursale* في مصر الا اذا كان لهذا الفرع شخصية قائمة بذاتها بمعنى أن له أمواله الخاصة وادارته الخاصة ولا تختلط موارده بأموال الشركة الأصلية فانه لا يعد فرعا بل شركة متفرعة *société filiale* لها جنسيتها الخاصة بها قارن أرمنجون ٢٠ . ٤٠٢ . مع ملاحظة ما قررناه في بند ٥٩٢ من مؤلفنا .

(٣) وحصول التأسيس في الخارج يستتبع حتما وجود المركز الرئيسي في الخارج أيضا . (٤) وذلك تطبيقا لنظرية النش نحو القانون . قارن ١٥ يناير ١٩١٣ م . ت . م . ٢٥ . ٢٣١ وكذلك ١٩ فبراير ١٩٢٧ م . ت . م . ٣٩٠ . ٢٥٣ . و ٢٢ فبراير ١٩٢٧ م . جازيت . ١٧ . ٣١١ .

ومن ثم غير موجود في نظر المحاكم المصرية . وقررت المحاكم المختلطة مرارا أنه لا يمكن للأشخاص أن يتفقوا على اختيار جنسية أجنبية للشخص المعنوي الذي يتأسس في مصر خلاف الجنسية المصرية ويعتبر مثل هذا الاتفاق مخالفا للنظام العام^(١) .

فاذا كانت عملية التأسيس قد تمت في الخارج فالشركة أجنبية وتظل خاضعة لحكم التشريع الأجنبي الذي تأسست تحت ظلاله الا اذا غيرت جنسيتها واكتسبت جنسية جديدة . وترى أغلبية رجال الفقه أن عملية تغيير الجنسية السابقة لا يمكن أن تتم الا بالاحلال الشخص المعنوي وتأسيسه من جديد ، ومندهم في ذلك أن الشخص المعنوي قد اكتسب الجنسية من التشريع الذي تأسس وفقا لأحكامه فاذا أراد تغيير جنسيته فلا بد من زواله لكي ينشأ علاقة جديدة مع تشريع جديد^(٢) . على أن بعض التشريعات الحديثة يبيح للأشخاص المعنوية الأجنبية اكتساب جنسية دون حاجة لانحلاله ولا شك أن هذا الحكم مؤد الى ايجاد حالات تنازع ايجابي بشأن جنسية الأشخاص المعنوية^(٣) .

٥٩٨ — هل يعترف بالشخص المعنوي الأجنبي في مصر؟ رأينا أنه في داخل الحدود المصرية يمكن للجماعات المكونة من بعض أشخاص من الأجانب أن يؤسسوا شخصا معنويا أجنبيا فيعترف له بهذه الصفة حسب التفصيل الذي سارت عليه المحاكم المختلطة . ولا شك أن هذا الوضع استثنائي . والوضع المعتاد في مصر أن يتأسس الشخص المعنوي الأجنبي في الخارج فتعترف له دولته بالشخصية المعنوية وفقا لتشريعها ، فهل يعترف القانون في مصر بهذا الشخص المعنوي أيضا فيسوغ له مثلا أن يقبل الهبات والوصايا وأن يترافع أمام المحاكم

(١) راجع ٢٩ ابريل ١٩٠٨ . م . ت . م . ٢٠ . ٢٢١ . وكذلك ٦ ابريل ١٨٩٢

م . ت . م . ٤ . ١٩٨ .

(٢) انظر ارمنجون . ٢ . ٤٠٥ . والمراجع التي أشار اليها في هامش (٢) .

(٣) انظر مؤلف Makarov . ٢٠٠ . وقارن Arminjon . ٢ . ٤٠٧ . وما بعدها حيث

يعالج الموقف بالنسبة للتشريع الفرنسي .

المصرية وبالجملة هل يعترف للشخص المعنوى بأهليته في التمتع وفقا لأحكام القانون الأجنبي إذا تم التأسيس في الخارج؟

من المتفق عليه في مصر أن الأشخاص المعنوية الأجنبية العامة كال الدولة والمديرية . . الخ ، وهى أشخاص تتقيد باقليم معين ، يعترف بها في مصر وكذلك في سائر الدول الأخرى ^(١) . كما يتبع نفس الحكم في مصر بالنسبة للأشخاص المعنوية ذات النفع العام كعاهد العلم والأبحاث وكذلك الأشخاص المعنوية الخاصة كالشركات . أما في الخارج فانهم يميلون بخاضة الى تقييد الاعتراف بالأشخاص المعنوية ذات النفع العام ، ففي فرنسا يستلزمون ضرورة سبق اتباع الاجراءات المنصوص عليها في القانون الفرنسي ^(٢) .

٥٩٩ — ما هو مدى الاعتراف بالشخص المعنوى الأجنبي في مصر؟
رأينا أن الأصل أن يعترف بالشخص المعنوى الأجنبي في مصر ^(٣) دون

(١) وقد قامت بعض الصعوبات في أول الأمر بشأن حكومة السوفييت وذلك قبل الاعتراف بها سياسيا . كما أنه حصل أن رفضت الحكومة الرومانية الاعتراف بحق الحكومة اليونانية في أن ترث أحد رعاياها المتوفى في رومانيا والقضية معروفة باسم *Affaire Zappa* وكان ذلك في سنة ١٨٩٢ .

(٢) انظر تقض فرنسى ٧ فبراير ١٩١٢ . سيرى ١٩١٤ . ١ . ٣٠٥ .

(٣) سواء أكان هذا الشخص عاما أم خاصا وسواء كان شركة أموال أو أشخاص وذلك على خلاف المتبع في أوروبا قارن Weiss . ٣٣٦ . وما بعدها حيث يشير للقانون الفرنسى الصادر في ٣٠ مايو ١٨٥٧ بشأن الشركات المساهمة . وانظر أيضا قانون أول يولييه ١٩٠١ بشأن الجمعيات والمؤسسات . ويجرى بعض الدول على تسهيل مهمة الجمعيات ذات الصفة الدولية الظاهرة أى التى لا تتحدد مصالحها وأغراضها بدولة معينة (انظر القانون البلجيكي الصادر في ٢٥ أكتوبر ١٩١٩ في مؤلف Pouillet . ٢١٤) .

ويرى الأستاذ Lévy-Ullmann بهذه المناسبة أنه يمكن الاتفاق على وضع نظام قانونى خاص بتنظيم الشركات ذات النشاط الدولى فيعترف لها بمجنسية دولية ، ويسوق تأييدا لرأيه النظام الخاص بينك التسويات الدولية . انظر دروسه الدكتوراه ١٩٣٤ — ١٩٣٥ . ٧٥ وما بعدها حيث يسترسل في فكرته ويقول بها بالنسبة لجميع الأشخاص المعنوية على اختلاف أنواعها متى كانت صفتها الدولية ظاهرة ، ولعله استلهم هذه الفكرة من التصريح البلجيكي السالف الإشارة اليه .

حاجة الى اتباع اجراء معين ولكن ذلك بشرط أن لا يكون في وجود هذا الشخص المعنوي أية مخالفة للنظام العام^(١).

فاذا ما اعترف بالشخص المعنوي الأجنبي فالى أى حد يذهب هذا الاعتراف ؟ من المعلوم أن بعض الأشخاص المعنوية الخاصة (الشركات المساهمة مثلا) لا تقف مجهوداتها عند حدود الدولة التى نشأت فيها بل يمتد نشاطها الى الخارج سواء كان ذلك بعد مضي مدة على انشائها أو من بادية الأمر (شركة فورد أو شركات الملاحة وغيرها) . فهل يباح لهذه الأشخاص المعنوية أن تزاول أعمالها بدون قيد ولا شرط ؟ وما هو الحكم لو كان الشخص المعنوي ذا نفع عام فهل يسمح له فى هذه الحالة بأن يمد نشاطه الى بلاد أجنبية ؟ لا شك فى أن السماح لهذه الأشخاص المعنوية على اختلاف أنواعها بممارسة أعمالها فى بلد غير بلدها الأصلي ، سلب لحقوق هذا البلد وكذلك لحقوق رعاياه الذين لهم وحدهم ، بحسب الأصل ، حق القيام بهذه الأعمال وتحقيق هذه الأغراض مادية كانت أو معنوية . ومع ذلك فإن ازدياد العلائق بين الدول وبخاصة العلائق التجارية دعى الى التساهل والسماح للأشخاص المعنوية الأجنبية بمزاولة أعمالها حتى فى خارج بلادها لما يترتب على ذلك من منافع اقتصادية ومعنوية جمة . والذى يحصل عادة أن لا تسوى التشريعات المختلفة فى المعاملة بين الأجانب وبين الأشخاص الأجنبية المعنوية^(٢) بل تجعل الأخيرة فى مركز أقل نظرا لخطورتها فلا تميز لها

(١) قارن Poulet ٢١٨ وما بعدها حيث بين الحال فى بلجيكا وهل يعترف بالأشخاص المعنوية الأجنبية فيها وإلى أى حد . وينتهي الأستاذ الى ضرورة الاعتراف بالشخص المعنوي الأجنبي الا اذا كان فى وجوده مخالفة للصالح العام ولكنهم يستلزمون هناك ضرورة الاعتراف الصريح أو الضمني بالشخص المعنوي الأجنبي حتى يتمتع بالوجود فى نظر المهرع البلجيكي .

(٢) قارن مع ذلك بالنسبة للتصريح البلجيكي Poulet . ٢٥٤ حيث يقرر أنه يعترف للشخص المعنوي الأجنبي بنفس الحقوق التى يعترف للشخص المعنوي البلجيكي المائل . وانظر قيودا على ما تقدم فى ٢٥٧ وما بعدها .

أذن التمتع بكامل الحقوق^(١) التي تعترف بها الأشخاص للأجانب الذاتيين وفوق ذلك فإنها تلزمها باتباع اجراءات خاصة لحماية لمصالح رعاياها ومثال ذلك اجراءات العلانية المتعلقة بعقود تأسيس الشركات الخ .

أما في مصر فالأشخاص المعنوية الأجنبية لا تنقيد بخلاف قيد النظام العام وليس هناك من تشريع مصرى كامل يقرر قيودا على ما تتمتع به هذه الأشخاص من حقوق أو على الأقل يخضعها لاتباع اجراءات معينة ويقولون دائما ان هذا التشريع في دور التحضير . . . وأهم ما يلاحظ في هذا الصدد أن الأشخاص المعنوية ذات النفع العام تمارس أعمالها بحرية أوسع في مصر أكثر منها في بلادها الأصلية ، بل ويحصل أحيانا أن يكون محرما عليها كلية أن تمارس نشاطها في بلادها الأصلية وذلك كالبعثات الدينية الفرنسية وغيرها . وتشاهد في القاهرة وغيرها من المدن الكبيرة المصرية المستشفيات والمدارس ومعاهد التبشير ومعاهد الأبحاث العلمية والملاجيء الأجنبية ، كل ذلك بغير ضابط ولا رقيب من جانب السلطات المصرية . وهذا المركز الشاذ انما يستند الى الامتيازات

(١) والواقع أن المسألة ذات شقين فالشق الأول منها موضوعه التمتع بالحقوق *la jouissance* والثاني موضوعه التصرف في الحقوق *exercice* . أما بالنسبة للشق الأول فالخلاف بشأنه كبير بين الكتاب فمنهم من يخضع الشخص المعنوى من هذه الناحية لقانون جنسيته بغض النظر عن قانون الجهة التي تحصل فيها بممارسة الحقوق (انظر *Felix* . ١ . ٦٥) ومنهم من يفضل الرجوع لقانون الجهة التي يحصل فيها التصرف في الحقوق لمعرفة ما اذا كان لهم التمتع بها أو لا (انظر *Laurent* . ٤ . ٢٦٢) .

ولكن يفضل أغلب الشراح اعتبار قانون جنسية الشخص المعنوى الأجنبي بشرط المحافظة على أحكام القانون الوطنى المتعلقة بالمصالح العام *intérêt public* (انظر *Weiss* . ٤ . ٦٩٨) . والواقع أننا اذا نظرنا الى شق المسألة في ضوء الآراء السابقة وجدنا أن المجمع عليه تقريبا بالنسبة للشق الأول الخاص بموضوع الحقوق التي يجوز للشخص المعنوى أن يتمتع بها بتحدد وفقا للقانون الوطنى أما الشق الثانى الخاص بالتصرف في هذه الحقوق فمرجعه القانون الأجنبى الذى يبين أهلية الشخص المعنوى وحالته أسوة بالأشخاص الطبيعيين الأجانب قارن *Pouillet* . ٢٥٣ .

الأجنبية^(١) وقد كان له نظير في بلاد الأمبراطورية العثمانية ولكنه زال الآن من الوجود في عهد الجمهورية التركية الحديثة .

والخلاصة أن الأشخاص المعنوية الأجنبية تتمتع بمركز ممتاز إذا ما انتسبت الى دولة من أصحاب الامتيازات ، فاذا انتسبت الى دولة أخرى فلا يمكن للتشريع المصرى أن يمتد اليها وحدها اذ الأصل في التشريع أن يكون عاما ، فلذا يقف المشرع المصرى جامدا منتظرا زوال الامتيازات أو موافقة الدول الممتازة على تشريع موافق ، ودون هذا الغرض صعوبات جمة .

وفي انتظار هذا التشريع تتحدد أهلية التمتع لهذه الأشخاص وفقا لأحكام القانون الذى تأسست وفقا له ، ولا يمكن أن تتقيد في مصر بقيد سوى قيد النظام العام . وهذا الوضع مخالف لنظيره في البلاد الأخرى اذ هنالك تتحدد أهلية التمتع وفقا لأحكام القانون الوطنى بحسب الأصل ولا يؤخذ بأحكام القانون الأجنبى الا اذا حرم على الشخص المعنوى التمتع بحق معين يبيحه التشريع الوطنى . وأما أهلية التصرف فانها تتحدد دائما وفقا لقانون جنسية الشخص المعنوى دون تدخل من جانب التشريع الوطنى مع ملاحظة قيد النظام العام^(٢) .

(١) انظر في ايضاح هذا الوضع الشاذ مؤلف أرمنجون « الأجانب » . ٢٠٨ وما بعدها حيث يقرر أن الامتيازات الأجنبية تعطى الأجانب الحق في تكوين جماعات فيما بينهم لمدد غير محدودة ويعترف لها بكامل الحقوق التى يقرها التشريع الذى تكونت تحت سلطانه . ولا شك أن هذا القول مقيد على الأقل بنصوص التشريع المختلط السابق الاشارة اليها وكذلك بقيد النظام العام الذى لا يعيل اليه الأستاذ كثيرا .

(٢) انظر قبله ٧١٥ هامش (١) .

الفصل السادس

في

مصير نظام الامتيازات

٦٠٠ — الآن وقد انتهينا من دراسة حالة الأجانب في مصر وعرفنا المركز الشاذ الذي يتمتعون به بفضل نظام الامتيازات في الشكل الذي انتهت اليه ، بفعل العادة من جهة ، وبفعل الاتفاقات الخاصة التي عقدتها مصر من جهة أخرى ، يحق لنا أن نتساءل في خاتمة هذا البحث عما يخبئه المستقبل لنظام الامتيازات .

ليس من الصعب التكهن بمصير هذا النظام ، فمصيره الحتمي هو الزوال لأنه نظام شاذ غير مألوف ، خلق في أوقات وظروف خاصة زالت الآن من الوجود ، فمن الطبيعي اذن أن يزول بزوالها . ولكن من الصعب تحديد الوقت الذي سيلقى فيه حتفه ، لأن نظام الامتيازات الحالي أصبح نظاما له صبغة سياسية ظاهرة ، وتعلقه بالسياسة يجعله خاضعا لأهوائها ، ومتأثرا بعواملها .

وهذا الاستنتاج من جانبنا لا يقوم على مجرد الرغبة في تحقيقه ، وإنما يقوم على عوامل حقيقية يعترف بها الجميع . فليس هناك في الوقت الحاضر من يجرأ على الدفاع عن بقاء نظام الامتيازات على ما هو عليه ، ومن الكتاب من شن الغارة عليه منذ عشرات السنين ، بل ان إنجلترا نفسها اعترفت على لسان معتمدها السياسي ، اللورد كرومر في سنة ١٩٠٤^(١) بأن نظام الامتيازات أصبح لا يتفق

(١) وذلك في تقريره السنوي حيث يتنبأ بأن الأجانب أصحاب المصالح الحقيقية سيجدون من مصلحتهم تغيير نظام الامتيازات وأهم تقرير له في هذا الصدد هو التقرير الذي وضعه في سنة ١٩٠٨ وخص الجزء الخامس منه يبحث مسألة الامتيازات . ويقول بضرورة وضع نظام وقى لصعوبة الطفرة في هذه المسألة المعقدة ورغبة في رعاية مطالب الدول الممتازة . وقد شرح اللورد كرومر نظامه المقترح ومؤداه النشاء محاكم دولية في مصر . راجع في أسس التغيير =

في شيء مع حالة مصر ومبلغ ما وصلته من تقدم ومدنية ، وقد تكرر هذا الاعتراف مرارا في جميع المفاوضات السياسية التي تمت في السنين الأخيرة ، بل ذهبوا في مشروع هندرسن — محمد محمود الى الاعتراف بحق مصر في حماية الأجانب وتعديل نظام المحاكم المختلطة تعديلا جديدا ، كما سمحوا بسريان التشريع المصري على الأجانب بما في ذلك التشريع المالي بقيود أخف بكثير من القيود الحالية^(١).

= الواجب الاتباع مؤلف Scott . ٢٩٨ . وما بعدها . راجع في ضرورة التغير Lamba . ٣٠٢ وما بعدها خاتمة مؤلفه .

وفي سنة ١٩١٧ فكر في إلغاء الامتيازات والمحاكم المختلطة وانشاء محاكم واحدة للفصل في المنازعات فتألفت لجنة الامتيازات تحت رئاسة Brunyate واستمرت هذه اللجنة في أعمالها مدة أربع سنوات ووضعت هذه اللجنة مشروعا تعرض له الزعيم الخالد سعد زغلول باشا بالتقدم في محاضرة ألقاها بجمعية الاقتصاد والتشريع في ٨ فبراير ١٩١٩ وتقدمه بعد ذلك الأستاذ عبد العزيز فهمي باشا في مجموعة مقالات نشرت بالمحاضرة ١٩٢١ وتعرض له بالتقدم بعد ذلك المستشار ماكاريث في محاضرة ألقاها بكامبردج ١٩٢٤ (راجع رسالة الدكتور أحمد فهمي وموضوعها Vers L'unité de juridiction en Egypte باريس ١٩٣٠ . ٥٣ وما بعدها) . وقد اقترح في مشروع ملتر نقل اختصاص المحاكم القنصلية للمحاكم المختلطة (راجع في تفاصيل هذا المشروع رسالة أحمد فهمي ١٣٣ وما بعدها) .

وفي مفاوضات ثروت — تشمبرلين (١٩٢٧) اعترفت إنجلترا رسميا بضرورة تحويل نظام الامتيازات والتزمت بتدخلها بالسعي لدى الدول المتنازعة لتحقيق ذلك الغرض (المادة ٩ من المشروع) وكان من شأن التعديل استبقاء السلطة التشريعية لمحكمة الاستئناف المختلطة وامتدادها للتشريع المالي على وجه خاص أكثر تقييدا (رسالة فهمي ١٢٤) .

(١) فقد نص في المادة ١١ من مشروع الاتفاق على أن بريطانيا العظمى تعترف بأن نظام الامتيازات أصبح غير متفق مع مقتضيات العصر ولذلك فإن بريطانيا العظمى تلتزم باستعمال نفوذها لدى الدول صاحبات الامتياز كي تقبل نقل اختصاص المحاكم القنصلية للمحاكم المختلطة وأن يسرى التشريع المصري على رعاياها وذلك مع المحافظة على المصالح المبرورة لهؤلاء الرعايا .

ويستفاد من النص المتقدم أن التشريع المالي كغيره يجب تقديمه للجمعية العمومية لمحكمة الاستئناف المختلطة حتى اذا وافقت عليه نفذ . ومعلوم أنه لا يمكن في الوقت الحاضر لمحكمة الاستئناف المختلطة الموافقة على فرض ضريبة بل لا بد من موافقة الدول المتنازعة ، فالقيود موجودة ولكن بصورة أخف .

فالدول صاحبات الامتياز وعلى رأسها انجلترا نفسها تقر اذن بضرورة الاصلاح من جديد ، وأن النظام الحالى نظام فاسد محتاج الى التنقيح فى نواح متعددة . ولقد حاولت الحكومة المصرية فيما مضى ادخال بعض الاصلاحات ولكن مساعيها لم توفق ، فاستمرت الحال على ما هى عليه الآن فما هو السبب اذن فى عدم توفيقها ؟

عندى أن السبب فى ذلك يرجع الى عدم الاتفاق على مدى الضمانات التى يتطلبها الأجانب فى مقابل التعديل المراد ادخاله . ان النظام الحالى يكفل بلا شك للأجانب ضمانات هائلة بل فاحشة اذ يترتب عليها سد السبل أمام الأمة المصرية فى سبيل التقدم ومجاراة الدول المتقدمة . فالضمانات الحالية ضمانات باهظة ويجب أن يتنازل الأجانب عن جانب كبير منها على الأقل ، ولكن كيف يتحدد هذا الجانب وما هى الضمانات المشروعة ؟ هذا ما فشلت أمامه المفاوضات .

٦٠١ — لا شك أنه من المستغرب أن يتطلب الأجانب فى دولة ما ، ضمانات لاقامتهم فى اقليمها . ومع ذلك فهذا هو الحاصل فى مصر ، وأساس طلب الأجانب للضمانات انما هو عدم ثقتهم بالسلطات المصرية ، يخشون أن تتعسف معهم السلطة التنفيذية ! ! وأن لاتنصفهم السلطة القضائية ! ! وأن ترهقهم السلطة التشريعية ! ! هذه هى الأوهام والهواجس التى تجرى فى رؤوسهم ، فلا يتصورون خضوعهم لهذه السلطات ، ولا يرضون أن يضعوا أنفسهم فى هذا المركز البشع ! ! كالأجانب فى منائر البلاد الأخرى ، ويظهر أن سوء ظنهم راجع الى حالة الفوضى .

= وقد أخذ بنفس البدء فى مفاوضات النحاس — هندرسن . ويتبين من الوثائق الرسمية (الكتاب الأخضر المصرى) أن دولة النحاس باشا أفهم الطرف الآخر أن مآرعى اليه مصر هو إلغاء الامتيازات الأجنبية ، ولكن فى انتظار هذا الإلغاء ستكون هناك حالة وقتية ، وهى حالة توسيع اختصاص المحاكم المختلطة فى بعض المسائل التى سيأبى فيها الاختصاص الفنى وتوسيع سلطة جمعيتها العمومية فى المسائل التى يشترط فيها موافقة الدول (انظر المادة ١١ من مشروع معاهدة النحاس باشا — هندرسن) فالحالة النهائية هى إلغاء الامتيازات ، وأما الحالة الوقتية فهى توسيع اختصاص المحاكم المختلطة وسلطة جمعيتها العمومية .

التي كانت تسود مصر فيما مضى وبخاصة في غضون القرن التاسع عشر ، فظلوا تحت تأثير هذا الحكم السابق يتنقلونه جيلا بعد جيل ، وكأنهم لا يشعرون بمقدار التقدم الذي خطته البلاد تحت أنظارهم . وفي ظني أن أغليبيتهم تتناساه رغبة في الاستمتاع بالنظام القائم أطول مدة ممكنة ^(١) ولو على حساب هذه الأمة التي أكرمت وفادتهم فلاقت منهم جزاء سنار .

٦٠٢ — والواقع أن المصريين اليوم لا يقنعون بتعديل نظام الامتيازات بل يصممون على ضرورة الفائه ورد الأمور الى نصابها الطبيعي ، فتسترد الدولة المصرية سيادتها كاملة ، ويصبح الكل سواء أمام القانون ^(٢) . ولا يمكن مطلقا

(١) اذ من المعلوم أن كثيرين من الأجانب تمكنوا من جمع ثروات كبيرة في مصر بفضل نظام الامتيازات ، اذ كانت الضرائب الجركية ضئيلة جدا قبل سنة ١٩٣٠ مما قلل الانتاج الصناعي التجاري الوطني وشجع الاستيراد من الخارج ، كما أن هناك وسائل أخرى غير مشروعة اعتمد عليها بعض الأجانب كي يجمع ثروته ، وترتكز هذه الوسائل على وجود نظام الامتيازات وليس هنا مجال الافاضة في هذا الشأن .

(٢) وربما كان من المفيد أن نشير هنا الى عقيدة تكاد تكون راسخة مدارها ضرورة وضع نظام وقتي يسبق الفاء الامتيازات وأن مقتضى هذا النظام هو استبقاء المحاكم المختلطة وقتا ما مع توسيع اختصاصها ، وربما كان الجرى على هذا المنوال متفقا مع أصول الدبلوماسية والكياسة السياسية ولكن الركون اليه ليس حتميا ولا تقتضيه الضرورات القانونية أو القضائية ، اذ أن مناسط وجود المحاكم المختلطة هو عدم الثقة لا في القضاء المصري ولا في التشريع المصري . أما القضاء المصري فقد بلغ مستوى محترما لا يمكن أن يجحده الا كل مكابر وأما التشريع المصري فهو سار على الأجانب متى وافقت الجمعية العمومية لمحكمة الاستئناف المختلطة ويندر أن ترفض هذه الجمعية مشروع قانون مما يعرض عليها . ولا يبقى الا التشريع المالي الذي تلزم فيه الآن مفاوضة الدول الممتازة . وقد قررنا أن الامتياز المالي لا سند له في القانون وإنما جرى به العرف والتسامح وأنه لا مناص من الفائه بقيت المحاكم المختلطة أو ألغيت . وليس هناك اذن من مبرر ظاهر لاستبقاء المحاكم المختلطة مدة وقتية أخرى ولا يترتب على ذلك سوى الاستمرار في تعقيد الأمور والاعتراف بالاعتداء على سيادة البلاد زمنا لانعرف نهايته على وجه التأكيد . ازاء ما تقدم نرى أن الأصوب هو الفاء المحاكم المختلطة على أن تكون الفترة الوقتية لوجودها بمثابة فترة تصفية نهائية . ولا يمكن أن يترتب على هذا الالغاء الاضرار بمصالح المتقاضين لأن التشريعات التي تطبقها هذه المحاكم تكاد تكون بعينها =

أن يباح للأجانب أن يتطلبوا ضمانات أكثر مما تسمح به القواعد المقررة في القانون الدولي العام ، وفي هذا ما يكفي لطمانينتهم .

٦٠٣ — فلا محل اذن لبقاء نظام الامتيازات في الوقت الحالى ، لأن هذا النظام انما وجد في عهد كانت الأنظمة السائدة في الدولة العلية ، أنظمة اسلامية بحتة . أما الآن فتطورت الأمور وأصبحت الدولة المصرية منظمة تنظيماً أوروبياً وضعياً . . فلمصريين دستورهم يحدد عمل كل سلطة ويقرر الضمانات الكافية للجميع . وفي البلاد تشريعات مستمدة من أحدث التشريعات الغربية ويقوم بتطبيقها قضاة تلقوا ثقافة قانونية في مستوى ثقافة القضاة الأوروبيين ، ففى امكانهم اذن تحقيق العدالة أسوة بهم لأن دراستهم واحدة ، هذا وقد أتيح لهم في خلال الخمسين سنة الماضية أن يكتسبوا خبرة واستقلالاً علاوة على ما أظهروه من نزاهة وعدم تحيز .

ولقد نظمت المحاكم الأهلية تنظيماً عصرياً وأنشئت محكمة للنقض على رأسها حتى تراقب سير العدالة ، كما أن المحاكم الجزئية قد توزعت في أنحاء البلاد وكثر عدد القضاة ^(١) وارتفع مستوى أحكامهم فأصبح لا يقل عن مستوى أحكام المحاكم الأوروبية . كما لا ننسى أن نشير الى النهضة الفقهية ، اذ كثرت المؤلفات

= التشريعات التي تطبقها المحاكم الوطنية فجمال الاضرار بالحقوق المكتسبة ضئيل ولا يوازى المنفعة التي تعود على البلاد من الالفاء . ويكفى لتحقيق الغرض السالف زيادة عدد القضاة الحاليين بقدر الثلث تقريباً وزيادة عدد الموظفين الكتابيين . فالصعوبة المالية ليست عسيرة في شيء وأما الصعوبة السياسية فهي محل الاعتبار وحلها منوط برجال السياسة المصرية .

ولا شك أنه سيجرب على عملية الالفاء السابقة ضرورة تعديل النصوص التشريعية المصرية حتى يمكن مواجهة الحال الجديدة فيستكمل النقص ويرتفع الغموض المحيط ببعض النصوص الحالية . وقد فطنت الحكومة المصرية الى ذلك فألفت لجنة لتعديل القوانين المدنية والتجارية برئاسة الأستاذ أحمد نجيب الهلالي بك وزير المعارف الأسبق وأخرى لتعديل القوانين الجنائية برئاسة الأستاذ مصطفى محمد باشا رئيس محكمة النقض .

(١) وفي هذا تمتاز المحاكم الأهلية على المحاكم المختلطة ، كما لا ننسى الإشارة الى فداحة الرسوم في هذه الأخيرة مما يعطل سير العدالة .

بلغت البلاد كما انتشرت المجلات القانونية ، وازدادت الأبحاث واشترك المصريون في كثير من المؤتمرات القانونية الدولية ونالت أبحاثهم تقدير الكافة ، ومنها ما نشر بأوسع المجلات الأوروبية انتشارا .

والخلاصة اذن أن في البلاد قانونيين يقدرون على تحقيق عدالة مصرية بين الجميع ، وأنه يجب حتما الاستغناء عن المحاكم المختلطة ، لأن دورها قد انتهى وأن الأوان لأن تحل المحاكم الوطنية محلها ^(١) . نعم ان المحاكم المختلطة قد أدت خدمات جليلة للعدالة في مصر ، وكذلك كانت أنموذجا للمحاكم الأهلية ، ولكن لم يعد لبقائها صفة في الوقت الحاضر سوى ما يترتب على ذلك من تعقيد الأمور بازدياد واج الاختصاص والتنافس بين الهيئات القضائية كل في توسيع اختصاصها على حساب العدالة ومصلحة المتقاضين . كما أن المشاكسين من هؤلاء يجدون وسائل مختلفة لتضييع الحقوق على أربابها أو على الأقل الماطلة فيها زمنا طويلا ^(٢) . هذا علاوة على أن وجودها في ذاتها وصمة في جبين البلاد وسبة لأهلها .

٦٠٤ — والواقع أن نظام الامتيازات كان متجانسا مع الأفكار التي كانت سائدة وقت تقريره ، أو لم يكن تطبيقا لمبدأ شخصية القانون ؟ أو لم يكن القضاء القنصلى سائدا في البلاد الأوروبية ومنها فرنسا ؟ أما الآن فقد تغيرت الظروف وأصبح نظام الامتيازات يقرر قيودا على السيادة الوطنية ما كانت

(١) وفي اعتقادنا أنه لا غضاضة في اتباع أوضاع خاصة يقصد بها تقرير ضمانات في قضايا الأجانب ولو لمدة مؤقتة حتى تطمئن النفوس كل الاطمئنان . ولقد قبلت تركيا عند الغائها الامتيازات بمعاهدة لوزان مبدأ الاستعانة ببعض قانونيين من الأجانب كي يساهموا في وضع واتباع التقاليد القضائية الجديدة . وليس هنا محل تفصيل هذه الضمانات الخاصة التي يمكن أن تعطى في مقابل تنازل الدول عن امتيازاتها القضائية والغاء المحاكم المختلطة .

(٢) راجع في تفصيل ذلك مؤلف الأستاذ عبد الفتاح السيد بك والأستاذ Desserteaux في المرافعات المدنية والتجارية المصرية باللغة الفرنسية ١٩٢٦ . ٨ — ٩ .

لتقبل في البداية ^(١) ، أقليس من الطبيعي اذن أن تسترد الدولة المصرية سيادتها في ظل المبادئ الجديدة في القانون العام ، وأساسها احترام سيادة الدولة الإقليمية والشخصية ؟

٦٠٥ — ان نظام الامتيازات الحالي قد تغير تغيرا كلياً فضاعت الفوائد التي كان ينشدها ، وأدى وجوده في النهاية الى مساوئ كثيرة . فلقد بدأ هذا النظام لمصلحة طائفة قليلة العدد من الأجانب التجار الشرفاء ، أما الآن فالمستفيدون منه خليط من الصالح والطالح . وأكثر المتمسكين به الأخيرون ، اذ من المشاهد أن نظام الامتيازات يحمي مهرب المخدرات والمتجرف فيها ، وأصحاب أندية القمار وتجار الرقيق والمجرمين الأشرار الذين يعيثون بأرواح الناس وبكرامتهم أجنب ومصريين دون أن يخشوا في ذلك لومة لائم ، ولطالما استخدم امتياز حرمة المسكن للعبث بحرمة العدالة ، وغير ذلك من الأضرار التي يصعب حصرها في هذا المجال .

ولا أنسى أن أوجه الأنظار في النهاية الى أن الامتياز المالي في ذاته فضيحة مجسمة لأن مبناه أن يتهرب الأجانب من أعباء عادلة في مواجهة الدولة التي تؤمنهم على أموالهم وأشخاصهم ، كل هذا علاوة على ما يترتب على هذا الامتياز من اعاقا سير تقدم الأمة المصرية ومساهمتها في صرح المدنية العالمية الحاضرة ^(٢) .

(١) وتعد هذه القيود بمثابة ارتفاعات على سيادة الدولة أو كان من المعقول أن تقبل الدولة العليا تقرير ارتفاعات على سيادتها وهي في أوج عظمتها ! هنا ومن المفيد أن نشير هنا الى أن الامتيازات قد تهررت عن طريق المنح أفلا يكون من المعقول أن يقف المنح اذا ما ثبت الضرر واضحا ، وأن يكف المعطى يده عن العطاء اذا ما أراد ذلك ؟ أليس من الغريب أن يجبر المعطى على العطاء اضرارا بنفسه ورغم حاجته لما يعطيه ؟

(٢) راجع بشأن الامتياز المالي بحث حضرة صاحب الدولة اسماعيل صدقي باشا المنشور باللغة الفرنسية في مجلة مصر المصرية ١٩٢٦ . ٨١ — ٩٢ وانظر أخيرا الخطاب القيم الذي ألقاه معالي مكرم عبيد باشا وزير المالية عن مشروع ميزانية الدولة لسنة ١٩٣٦ — ١٩٣٧ في مجلس النواب بجلسة ٨ يولييه ١٩٣٦ (المطبعة الاميرية ١٩٣٦) .

هذا ولقد اختفت الامتيازات من تركيا بعد أن اعتقد الجميع أنها كانت سرمدية . وعبثا حاولت الدول أن تتمسك بأيديّة المعاهدات المقررة لها ، اذ فاتها أن شرط تغير الظروف *Clause rebus sic stantibus* مفترض فيها بغير نص ، فمن المعقول اذن أن ينتهى هذا النظام فى مصر ، وقد ثبت منذ زمن بعيد عدم ملائمته مما أدى الى عقد المعاهدات الخاصة بإنشاء المحاكم المختلطة^(١) .

وقصارى القول ان المصريين لا يرتكبون أمرا نكرا بطلبهم الغاء الامتيازات الأجنبية ، اذ من حقهم أن يحيوا فى بلادهم حياة جديدة بتار يخهم المجيد ما

(١) ولا يمكن الادعاء الآن بأن الغاء المحاكم المختلطة يترتب عليه احياء النظام القديم ومساوئه اذ لا يعقل أن يلغى السيء لى يحيا الاسوأ .

ملحق الكتاب

(١) المعاهدة المعقودة بين مصر وألمانيا

الموقعان على هذا حضرة صاحب الدولة أحمد زيور باشا وزير خارجية الحكومة المصرية باسم حضرة صاحب الجلالة ملك مصر، وجناب المنيو جوزيف مرتنس مندوب ألمانيا فوق العادة ووزيها المفوض بالقطر المصري باسم رئيس الحكومة الألمانية بما لهما من الحقوق المخولة من حكومتيهما .

رغبة في إيجاد علائق ودية بين الحكومة المصرية والحكومة الألمانية لائتمس ما لمصر من الحقوق المكتسبة بمقتضى الأحكام المنصوص عليها صراحة في معاهدة فرساي فإن الحال تدعو الى تقرير شروط توطن الرعايا المصريين بألمانيا والرعايا الألمان بمصر على قاعدة التبادل .

وأن الحكومة المصرية مدفوعة بالرغبة عينها على استعداد لتفويض الحكومة الألمانية بصفة مؤقتة حق محاكمة رعاياها في القطر المصري أمام محاكم قنصلية في بعض المواد وطبقا للشروط المبينة بهذا الاتفاق .
قد اتفقا على تقرير الأحكام الآتية :

مادة ١ — يتمتع رعايا كل من الدولتين المتعاقدين بحق التوطن والاقامة في أرض الدولة الأخرى على أن يكونوا خاضعين لجميع قوانينها وللوائح البوليس .
مادة ٢ — لأجل التمتع بهذا الحق يجب عليهم أن يكونوا حاصلين على مستندات كافية تثبت شخصيتهم وجنسياتهم تبعا للقواعد التي تقرر فيما بعد باتفاق الطرفين .

ولكل من الدولتين المتعاقدين الحق المطلق في أن تحرم على رعايا الدولة الأخرى التوطن أو الاقامة بأرضها، كما أن لها الحق في ابعادهم عن أرضها لسبب من الأسباب الآتية :

صالح أمن الدولة في الداخل أو في الخارج .
 صدور حكم جنائي أو لسبب له علاقة بنظام الصحة أو الآداب .
 مادة ٣ — تفوض الحكومة المصرية للحكومة الألمانية بصفة مؤقتة حق
 محاكمة الرعايا الألمان بمصر أمام محاكم قنصلية في جميع المواد التي كانت المحاكم
 الألمانية مختصة بنظرها حتى سنة ١٩١٤ .

وينتهى هذا التفويض عند العمل بنظام قضائي جديد ينفذ في جميع
 الأجانب بالقطر المصري . ويكون هذا التفويض بالشروط والقيود الآتية :

(١) في المواد الجنائية تكون المحاكم القنصلية مختصة بالحكم في القطر
 المصري بصفة نهائية إلا في حالة الطعن على تلك الأحكام لوجه من الأوجه
 القانونية .

(ب) تكون المحاكم المصرية مختصة بمحاكمة الرعايا الألمان دون المحاكم
 القنصلية الألمانية في المواد الجنائية الآتية :

(١) في الجنايات أو الجنح المخلة بأمن الدولة المصرية في الداخل أو في
 الخارج أو ضد نظام الحكومة القائم أو ضد النظام الاجتماعي ، المنصوص عليها
 في البابين الأول والثاني من الكتاب الثاني من قانون العقوبات الأهلي وفي
 القانون رقم ٣٧ الصادر في ٩ سبتمبر سنة ١٩٢٣ .

(٢) التطاول أو العيب في حق جلالة ملك مصر أو في حق أعضاء الأسرة
 الملكية طبقا للقانون رقم ٣٢ الصادر في ٢ أكتوبر سنة ١٩٢٢ بتعديل بعض
 أحكام قانون العقوبات الأهلي .

(٣) في الجنايات أو الجنح التي تقع من الرعايا الألمان الموظفين أو
 المستخدمين في المصالح العامة المصرية أثناء تأدية وظائفهم أو بسبب تأديتها .

(ج) يجوز للسلطات المحلية في كل وقت أن تبشر إجراءات التحقيق
 الابتدائية طبقا للقوانين واللوائح المعمول بها بشرط إخطار قنصلات ألمانيا بذلك
 في الحال .

مادة ٤ — لأجل تطبيق هذا الاتفاق يقصد بكلمة « الرعايا الألمان » أهالى الحكومة الألمانية والريخ ، الذين من أصل ألماني أو الذين اكتسبوا هذه الرعية بحكم القانون ..

مادة ٤ — تكون هذه المعاهدة نافذة بعد خمسة عشر يوما من تاريخ التوقيع عليها . ويجب التصديق عليها من برلمان كل من الدولتين ويكون تبادل التصديق عليها فى أقرب وقت بالقاهرة .

مذكرة

ملحقة بالمعاهدة المعقودة بين مصر وألمانيا

رأى المتعاقدان بالاتفاق بينهما انه من المفيد تحديد معنى بعض أحكام المعاهدة المشار اليها ومدى هذه الأحكام ، فوضعت هذه المذكرة بيانا لذلك :

أولا — عن المادة الأولى :

من المتفق عليه ان عبارة « جميع قوانين البلاد » تشمل قوانين الضرائب .
ثانيا — عن الجزء « ب » من المادة الثالثة بفقرتها الأولى والثانية :
من المتفق عليه انه يجوز للشارع المصرى فى المستقبل أن يعدل فى الأحكام التشريعية الوارد ذكرها فى ذلك النص مع بقائها نافذة على الرعايا الألمان . أما اذا أضيفت جرائم جديدة الى الجرائم التى تعينها الأحكام المذكورة فلا تدخل الجرائم الجديدة ضمن الجرائم التى احتفظ للمحاكم المصرية بحق النظر فيها .

ثالثا — عن الجزء « ج » من المادة الثالثة :

المقصود من « اجراءات التحقيق الابتدائية » الاجراءات المنصوص عليها فى أحوال التلبس المبينة فى الباب الثانى من الكتاب الأول من قانون تحقيق الجنايات الأهلى .

رابعاً — عن المادة الرابعة :

رغبت الحكومة المصرية في أن تحتاط لحالة ما اذا تملكّت دولة الريخ مستعمرات أو أراضى خارج القارة و بناء على طلبها اتفق الطرفان على ان عبارة « أو الذين اكتسبوا هذه الرعوية بحكم القانون » لا يمكن تفسيرها على انها تنطبق على أهل المستعمرات أو الأراضى المنضمة الواقعة خارج القارة الأوروبية الذين يمكن أن يمنحوا الجنسية بقانون أو معاهدة أو أية وسيلة أخرى .

خامساً — عن المادة الخامسة :

لما كانت المعاهدة لا تصبح نهائية بحكم هذه المادة الا بعد تصديق برلمانى الدولتين عليها ، فان الحكومتين المتعاقدين تتعهدان بتقديمها لهذا التصديق عند ما تسمح به الظروف .

ب - المعاهدة المعقودة بين المملكة المصرية والجمهورية النمساوية

الموقعان على هذا حضرة صاحب السعادة الدكتور حسن نشأت باشا المندوب فوق العادة والوزير المفوض ببرلين باسم حضرة صاحب الجلالة ملك مصر وجناب المسيو جان شوبر رئيس الحكومة النمساوية باسم رئيس اتحاد جمهورية النمسا بما لهما من الحقوق المخولة من حكومتيهما .

رغبة في إيجاد علائق ودية بين الحكومة المصرية والحكومة النمساوية لا تمس ما لمصر من الحقوق المكتسبة بمقتضى الأحكام المنصوص عليها صراحة في معاهدة سان جرمان آن لى بتاريخ ١٠ سبتمبر سنة ١٩١٩ تدعو الى تقرير شروط توطن الرعايا المصريين بالنمسا والرعايا النمساويين بمصر على قاعدة التبادل . وأن الحكومة المصرية مدفوعة بالرغبة عينها على استعداد لتفويض الحكومة النمساوية بصفة مؤقتة حق محاكمة رعاياها في القطر المصرى أمام محاكم قنصلية فى بعض المواد وطبقا للشروط المبينة بهذا الاتفاق .

وقد اتفقا على تقرير الأحكام الآتية :

مادة ١ — يتمتع رعايا كل من الدولتين المتعاقدين بحق التوطن والاقامة فى أرض الدولة الأخرى على أن يكونوا خاضعين لجميع قوانينها بما فيها قوانين الضرائب وكذا للوائح البوليس .

مادة ٢ — لأجل التمتع بهذا الحق يجب عليهم أن يكونوا حاصلين على مستندات كافية تثبت شخصيتهم وجنسياتهم تبعاً للقواعد التى تقر فيما بعد باتفاق الطرفين .

ولكل من الدولتين المتعاقدين الحق فى أن تحرم على رعايا الدولة الأخرى بالتوطن أو الاقامة بأرضها . كما أن لها هذا الحق فى ابعادهم عن أرضها بسبب من الأسباب الآتية .

صالح أمن الدولة فى الداخل أو فى الخارج أو غيرها من مصالح الدولة الكبرى أو صدور حكم جنائى أو لسبب له علاقة بنظام الصحة أو الآداب .

مادة ٣ — تفوض الحكومة المصرية للحكومة النمساوية بصفة مؤقتة حق محاكمة الرعايا النمساويين بمصر أمام محاكم قنصلية في جميع المواد التي كانت المحاكم النمساوية الجزية مختصة بنظرها حتى سنة ١٩١٤ .

وينتهى هذا التفويض من تلقاء نفسه عند العمل بنظام قضائي جديد اختصاصه عام بالنسبة للأجانب بالقطر المصري .

ويكون هذا التفويض بالشروط والقيود الآتية :

(١) في المواد الجنائية تكون المحاكم القنصلية النمساوية مختصة بالحكم في القطر المصري بصفة نهائية الا في حالة الطعن على تلك الأحكام لوجه من الأوجه القانونية .

(ب) تكون المحاكم المصرية مختصة بمحاكمة الرعايا النمساويين دون المحاكم القنصلية النمساوية في المواد الجنائية الآتية : —

(١) في الجنايات أو الجنح المخلة بأمن الدولة المصرية في الداخل أو في الخارج أو ضد نظام الحكومة القائم أو ضد النظام الاجتماعي ، المنصوص عليها في قانون العقوبات الأهلي أو في غيرها من القوانين التي تليه .

(٢) التطاول أو العيب في حق جلالة ملك مصر أو في حق أعضاء الأسرة الملكية المعاقب عليها بمقتضى أحكام قانون العقوبات الأهلي وجميع القوانين التي تليه .

(٣) في الجنايات أو الجنح التي تقع من الرعايا النمساويين المعيينين في خدمة الحكومة مهما كانت صفة التعيين وذلك أثناء تأدية وظائفهم أو بسبب تأديتها .

(ج) يجوز للسلطات المحلية في كل وقت أن تباشر اجراءات التحقيق الابتدائية طبقا للقوانين واللوائح المعمول بها بشرط أخطار القنصلية النمساوية بذلك في الحال .

مادة ٤ — لأجل تطبيق هذا الاتفاق يقصد « بالرعايا النمساويين » الأهالي الذين من أصل نمساوي أو الذين اكتسبوا هذه الرعية بحكم القانون

مع استبعاد المتمتعين بالحماية النمساوية .

مادة ٥ — تكون هذه المعاهدة نافذة بعد خمسة عشر يوما من تاريخ التوقيع عليها . ويجب الموافقة عليها بمعرفة السلطات المختصة في الدولتين ويكون تبادل وثائق التصديق عليها في أقرب وقت بفيينا .

مذكرة

ملحقة بالمعاهدة العفودة بين الملكة المصرية والجمهورية النمساوية ورأى المتعاقدان بالاتفاق بينهما أنه من المفيد تحديد معنى بعض أحكام المعاهدة المشار إليها ومدى هذه الأحكام ، فوضعت هذه المذكرة بيانا لذلك .
أولا — عن الجزء « ب » من المادة الثالثة بفقرتيها الأولى والثانية :
من المتفق عليه أن القوانين التالية المشار إليها في الفقرتين الأولى والثانية من الجزء « ب » من المادة الثالثة إذا ما أضافت جرائم جديدة الى تلك التي تنص عليها الأحكام الحالية لقانون العقوبات الأهلي فان هذه الجرائم الجديدة لا تدخل ضمن تلك التي احتفظ للمحاكم المصرية بحق النظر فيها .

ثانيا — عن الجزء « ج » من المادة الثالثة .

المقصود من « اجراءات التحقيق الابتدائية » الاجراءات المنصوص عليها في أحوال التلبس المبينة في الباب الثاني من الكتاب الأول من قانون تحقيق الجنايات الأهلي .

ثالثا — عن المادة الرابعة .

رغبت الحكومة المصرية في أن تحتاط لحالة ما اذا تملكتمت النمسا مستعمرات أو أراضى خارج القارة الأوروبية وبناء على طلبها اتفق الطرفان على أن عبارة « أو الذين اكتسبوا هذه الرعوية بحكم القانون » لا يمكن تفسيرها على أنها تنطبق على أهل المستعمرات أو الأراضى المنضمة الواقعة خارج القارة الأوروبية الذين يمكن أن يمنحوا الجنسية النمساوية بقانون أو معاهدة أو أية وسيلة أخرى .

ج - معاهدة بالصدقة ومحقوق الإقامة

بين المملكة المصرية والأمبراطورية الفارسية

حضرة صاحب الجلالة ملك مصر .

حضرة صاحب الجلالة الأمبراطورية شاه الفرس .

نظرا لما لدى جلالتهما من خالص الرغبة في زيادة ثوثيق عرى الصداقة
الكائنة بين دولتهما قد اتفقا على عقد معاهدة تثبت فيها قواعد علاقتهما الودية
وذلك الى أن تعقد اتفاقات قنصلية وجمركية وتجارية .

وعينا لهذا الغرض مندوبيهما المفوضين .

من لدن حضرة صاحب الجلالة ملك مصر :

حضرة صاحب السعادة حسن نشأت باشا مندوبه فوق العادة ووزيره
المفوض بطهران .

ومن لدن حضرة صاحب الجلالة الأمبراطورية شاه الفرس :

حضرة صاحب السعادة فتح الله خان بكرخان القائم بإدارة وزارة خارجيته .
الذين بعد أن تبادلوا وثائق تفويضهما وتبيننا صحتها ومطابقتها للأصول
المرعية اتفقا على الأحكام الآتية :

(المادة الأولى)

يكون بين المملكة المصرية والأمبراطورية الفارسية وبين رعاياها سلام
دائم وصداقة خالصة .

(المادة الثانية)

يتمتع الممثلون السياسيون لكل من الطرفين المتعاقدين وجميع أفراد
بعثاتهم المستبرين من هيئة التمثيل السياسي في بلاد الطرف الآخر بنفس
الامتيازات والتنظيمات والحصانات التي يتمتع بها ممثلو الدول الأخرى ووكلائهم
السياسيون وذلك على أساس التبادل .

(المادة الثالثة)

يجوز لكل من الطرفين المتعاقدين أن يعين لدى الدولة الأخرى قناصل عامين وقناصل ووكلاء قناصل من طائفة الموظفين يقيمون في العاصمة أو في المدن المهمة التي يسمح عادة للوكلاء الأجانب بالاقامة فيها .

ويجوز كذلك لكل من الطرفين المتعاقدين أن يعين بعد الحصول مقدما على موافقة الدولة الأخرى قناصل ووكلاء قناصل ووكلاء قنصلين شرفيين من غير طائفة الموظفين يقيمون في المدن السابق ذكرها انما لا يجوز بحال انتخابهم من بين رعايا الدولة التي يقيمون فيها ويتمتع أفراد الطائفتين بعد حصولهم على الأجازة اللازمة لقيامهم بأعمالهم بالامتيازات الشرفية والحصانات المتفق عليها لكل منهما في القانون الدولي العام وذلك على أساس التبادل .

(المادة الرابعة)

تكون لرعايا كل من الطرفين المتعاقدين الحرية التامة في دخول بلاد الطرف الآخر والاقامة فيها فلم فيها حرية الذهاب والاياب والطواف والاقامة والتوطن مع مراعاة القوانين واللوائح المعمول بها في البلاد .

ويتمتعون مثلهم مثل الوطنيين بالحماية المستمرة التامة وبالأمن بالنسبة لأشخاصهم وأملاكهم وحقوقهم ومصالحهم طبقا لقواعد القانون الدولي العام . ولا تمنع أحكام هذه المادة من حق الابعاد المستعمل في الحالات الفردية وفاقا لما يجري العمل عليه في القانون الدولي العام ولقواعد القانون المذكور .

(المادة الخامسة)

يجوز لرعايا كل من الطرفين المتعاقدين أن يباشروا في بلاد الطرف الآخر كافة أنواع الصناعة والتجارة وكل حرفة أو مهنة مهما كانت الا ما خصص منها بقوانين البلاد للوطنيين دون الأجانب أو ما كان منها موضوع احتكار الدولة — أو احتكار منحتة الدولة .

ويكون لهم حق امتلاك وحيازة المنقولات والعقارات والتصرف فيها مع مراعاة القوانين واللوائح المعمول بها في البلاد التي يقيمون فيها وتكون حالهم في ذلك كافة كحال رعايا أكثر الدول امتيازاً لديها ولا يجوز أسوة بالوطنيين نزع أملاكهم وحرمانهم من الانتفاع بها ولو مؤقتاً إلا لسبب يعتبر قانوناً من المنافع العامة في مقابل تعويض .

(المادة السادسة)

يخضع رعايا كل من الطرفين المتعاقدين في بلاد الطرف الآخر أسوة بالوطنيين للتشريع المحلي من قوانين ومراسيم وقرارات ولوائح في المسائل الجنائية والمدنية والتجارية والإدارية والمالية وغيرها كما يخضعون لجهات الاختصاص المختصة للوطنيين .

وتطبق الجهات المختصة قانوناً في مسائل الأحوال الشخصية من جهات الاختصاص السابقة الذكر التشريع الأهلى الخاص بالمتقاضين طبقاً لقواعد القانون الدولى وذلك فى حالة التجاء أحد الخصوم فى الدعوى إليها .

لا تخل الأحكام السابقة بالاختصاصات المعترف بها عموماً للقناصل بمقتضى العادات الدولية فى مسائل الأحوال المدنية ولا بحقهم فى الاختصاص العرفى .

(المادة السابعة)

يعفى رعايا كل من الطرفين المتعاقدين فى بلاد الطرف الآخر من جميع الالتزامات الشخصية أو السخرة أو المعونة ذات الصبغة العسكرية وكذلك يعفون من كل اعانة أهلية أو قرض جبرى أو ضريبة استثنائية فرضت لحاجات حربية .

(المادة الثامنة)

يوافق الطرفان المتعاقدان على أن يعقدا بينهما فى أقرب فرصة اتفاقات قنصلية وجمركية وتجارية مبنية على المساواة التامة فى الحقوق بين الدولتين .

معاهدة بالصدقة والاقامة بين الملكة المصرية والأمبراطورية الفارسية ٧٣٥

(المادة التاسعة)

يعمل بهذه المعاهدة لمدة خمس سنوات فاذا لم يبطلها أحد الطرفين المتعاقدين في ظرف ستة شهور سابقة على انتهاء السنوات الخمسة الأولى جاز ابطالها بعد مضي السنوات الخمسة في أى وقت باخطار يسبق تاريخ الابطال بستة شهور .

(المادة العاشرة)

يصدق على هذه المعاهدة ويتبادل التصديقان في طهران بأسرع ما يمكن .

(المادة الحادية عشرة)

يعمل بهذه المعاهدة ابتداء من تاريخ تبادل وثائق التصديق عليها .

(المادة الثانية عشرة)

وضعت هذه المعاهدة من صورتين باللغات العربية والفارسية والفرنسية وفي حالة حدوث خلاف يعتمد النص الفرنسى .
وتأييدا لما تقدم قد وقع المندوبان المفوضان هذه المعاهدة ووضعها عليها ختميهما .

بروتوكول اضافى

(١) لا تؤثر هذه المعاهدة فى شىء على أحكام الاتفاق المؤقت المعقود بين الطرفين المتعاقدين فى ١٢ مايو سنة ١٩٢٣ .

(٢) تبقى الدعاوى التى رفعت الى جهات اختصاص بمقتضى القواعد المعمول بها قبل العمل بهذه المعاهدة من اختصاص هذه الجهات دون غيرها حين صدور حكم نهائى فيها .

فهرس تحليلي

صفحة

٥

فأحة الكتاب

مقدمة عامة

الفصل الأول : موضوع القانون الدولي الخاص وتعريفه . . ٩

- ١ منشأ اصطلاح القانون الدولي الخاص . ٢ مدلوله . ٣ اختلاف التعريفات .
- ٤ العلائق القانونية الوطنية والأجنبية . ٥ تعريفها على العموم . ٦ عناصرها .
- ٧ تحديد هذه العناصر بالزمان والمكان . ٨ أهمية التمييز بينها . ٩ تنازع القوانين بشأن العلائق القانونية الأجنبية . ١٠ تعريف مؤقت للقانون الدولي الخاص . ١١ هل هناك تنازع قوانين بالمعنى الحقيقي . ١٢ نشوء اصطلاح « تنازع القوانين » . ١٣ ضرورة الفصل في مسائل تنازع القوانين وبيان الاختصاص التشريعي . ١٤ قواعد تنازع القوانين قواعد اسناد لا قواعد موضوعية . ١٥ تحليل عملية الاسناد . ١٦ الاسناد وتنازع القوانين الثابت والتغير .
- ١٧ تنازع القوانين أول موضوعات القانون الدولي الخاص . ١٨ تنازع القوانين الدولي . ١٩ تنازع القوانين المحلي وبخاصة في مصر . ٢٠ تنازع القوانين الاستعماري . ٢١ تنازع القوانين العام والمحلي . ٢٢ التنازع الدولي وحده داخل في القانون الدولي الخاص . ٢٣ ولكن بقيود . ٢٤ القانون الدولي الخاص وقانون العقوبات الدولي . ٢٥ تنازع القوانين بين تشريعات متمدنة وأخرى غير متمدنة . ٢٦ تنازع القوانين والتشريع السوفيتي . ٢٧ خلاصة القيود السابقة .
- ٢٨ تنازع الاختصاص سابق على تنازع القوانين . ٢٩ قواعد تنازع الاختصاص داخلية في القانون الدولي الخاص . ٣٠ تطبيق قواعد تنازع الاختصاص وتنازع القوانين لا يفصل في موضوع النزاع . ٣١ المركز الخاص للقواعد السالفة .
- ٣٢ لا يمكن للقاضي مخالفتها ولو لمصلحة تشريعه . ٣٣ تنفيذ الأحكام الأجنبية من موضوعات القانون الدولي الخاص . ٣٤ الاختصاص القضائي لمحكمة والاختصاص التشريعي لقانون أجنبي . ٣٥ هل يمكن دائماً تطبيق القانون الوطني . ٣٦ من المقرر وجوب الأخذ بقوانين أجنبية . ٣٧ تحليل ذلك . ٣٨ من موضوعات القانون الدولي الخاص مركز الأجانب والجنسية . ٣٩ اختلاف الكتاب في هذا الشأن . ٤٠ ماذا يقصد بمركز الأجانب . ٤١ ماذا يقصد بمسألة الجنسية .

صفحة

٤٢ تعريف نهائي للقانون الدولي الخاص . ٤٣ الاختلاف بين الكتاب حول التعريفات وتعليل ذلك .

الفصل الثاني : مصادر القانون الدولي الخاص ٤٨

٤٤ أين توجد قواعد القانون الدولي الخاص . ٤٥ أهمية دراسة مصادر هذه القواعد . ٤٦ المصدر الأول النصوص التشريعية . ٤٧ حكم إهمال تطبيقها . ٤٨ المصدر الثاني العادة الدولية وأهميتها . ٤٩ المصدر الثالث القضاء . ٥٠ المصدر الرابع المعاهدات . ٥١ أسباب كثرة المعاهدات والاتفاقات الدولية . ٥٢ أهمية هذه الاتفاقات . ٥٣ مجموعة بوستاننت . ٥٤ الموازنة بين الاتفاقيات الجمعية والاتفاقات الثنائية . ٥٥ طرق توحيد قواعد القانون الدولي الخاص . ٥٦ الاتحادات الدولية . ٥٧ المعاهدات جزء من القوانين الداخلية . ٥٨ وتملك المحاكم الوطنية تفسيرها . ٥٩ مسلك المحاكم المختلطة . ٦٠ طرق التفسير . ٦١ حكم تعارض نصوص المعاهدة مع نصوص قانون داخلي سابق . ٦٢ حكم تعارض نصوص المعاهدة مع قانون داخلي لاحق . ٦٣ المصدر الخامس الفقه . ٦٤ صعوبة تقسيم المصادر تقسيماً علمياً .

الفصل الثالث : خصائص القانون الدولي الخاص ٧٣

٦٥ الغرض من البحث . ٦٦ الخلافات حول هذه الخصائص وتعليل ذلك . ٦٧ تسمية القانون الدولي الخاص . ٦٨ أهمية دراسة الخصائص . ٦٩ قواعد القانون الدولي الخاص وطنية . ٧٠ رأى مخالف . ٧١ قواعد القانون الدولي الخاص خاصة . ٧٢ تلخيص ما تقدم . ٧٣ القانون الدولي الخاص قانون غير مكتوب . ٧٤ تاريخ تسمية القانون الدولي الخاص . ٧٥ طبيعة قواعده وكونها قواعد قانونية . ٧٦ طرق دراسة القانون الدولي الخاص .

الكتاب الأول

في

تنازع القوانين

تمهيد ٨٨

٧٧ وظيفة قواعد تنازع القوانين وضرورة دراستها تاريخياً .

صفحة

الفصل الأول : في تاريخ تنازع القوانين ٨٩

المبحث الأول : عموميات

٧٨ تأثير انتشار التجارة . ٧٩ الأخذ المطلق بمبدأ شخصية القوانين أو اقليميتها
مانع من التنازع . ٨٠ السيادة الاقليمية والشخصية للقوانين . ٨١ منشأ نظرية
الأحوال . ٨٢ القرن الثالث عشر بداية لدراسة تاريخ تنازع القوانين .
٨٣ تنازع القوانين في العهد الاقطاعي .

المبحث الثاني : في النظرية الايطالية القديمة (القرن الرابع عشر)

٨٤ قانون Cunctos populos . ٨٥ تفسير الأستاذ M. Neumeyer . ٨٦ طريقة
أصحاب النظرية الايطالية القديمة . ٨٧ مآل نظريتهم . ٨٨ نظرية بارتول .
٨٩ حلول النظرية . ٩٠ تقديرها .

المبحث الثالث : في نظرية الأحوال الفرنسية (القرن السادس عشر)

٩١ نظرية Dumoulin . ٩٢ مميزاتها وحلولها . ٩٣ نظرية D'Argentré .
٩٤ مميزاتها وحلولها .

المبحث الرابع : نظرية الأحوال الهولندية (القرن السابع عشر)

٩٥ ملاحظات عامة على النظرية وموضوعها . ٩٦ الموازنة بينها وبين نظرية
D'Argentré .

المبحث الخامس : في نظرية الأحوال الفرنسية (القرن الثامن عشر)

٩٧ العلاقة بينها وبين النظرية الهولندية . ٩٨ صعوبة إيراد أفكار جميع الكتاب
الفرنسيين في ذلك العهد . ٩٩ مميزات نظرية الأحوال الفرنسية في ذلك العهد .
١٠٠ الانتقادات العامة التي وجهت إليها . ١٠١ الانتقادات الخاصة . ١٠٢ أثرها
في حلول تنازع القوانين في عهدنا الحاضر .

المبحث السادس : في نظرية الأحوال والمجموعة الفرنسية (١٨٠٤)

١٠٣ اختلاف الكتاب الفرنسيين في وصف العلاقة بينهما . ١٠٤ النصوص
التفسيرية الفرنسية (المادة ٣ م . ف) . ١٠٥ ملاحظات على النص السالف .
١٠٦ رأى القضاء والفقه في فرنسا بشأنه . ١٠٧ الاتجاه الواجب السير فيه .
١٠٨ هناك نظريات لاحقة على المجموعة الفرنسية .

صفحة

المبحث السابع : في النظريات الانجلوأمريكية (القرن التاسع عشر والقرن العشرون)

١٠٩ الحال في إنجلترا . ١١٠ أثر النظرية الهولندية عند الإنجليز . ١١١ ظهور الكاتب الأمريكي Story . ١١٢ موازنة عامة بين النظريات الإنجليزية واللاتينية . ١١٣ الاختلاف بين الإنجليز والأمريكان . ١١٤ نظرية Story . ١١٥ مميزاتها . ١١٦ استعماله لاصطلاح « القانون الدولي الخاص » . ١١٧ تأثره بالنظرية الهولندية . ١١٨ أثر نظريته في إنجلترا Westlake . ١١٩ نظرية Dicey . ١٢٠ مبادئها العامة . ١٢١ تحديد الاختصاص . ١٢٢ اختيار القانون . ١٢٣ طريقة الأستاذ .

المبحث الثامن في النظريات الألمانية (القرن التاسع عشر)

١٢٤ نصيب الابتكار في هذه النظريات . ١٢٥ رفض الأخذ بنظرية الأحوال . ١٢٦ نظرية Waechter وتقديرها . ١٢٧ نظرية Schaeffner وتقديرها . ١٢٨ نظرية Savigny أكثرها نجاحا . ١٢٩ حالة ألمانيا السياسية وقتئذ . ١٣٠ المبادئ الأساسية في النظرية . ١٣١ تمييزه بين نوعين من تنازع القوانين . ١٣٢ طريقته في البحث « التركيز القانوني » . ١٣٣ عوامل التركيز . ١٣٤ العلائق القانونية وتحديد مركزها . ١٣٥ فكرة النظام العام . ١٣٦ تقدير النظرية .

المبحث التاسع : في النظرية الإيطالية الحديثة (القرن التاسع عشر)

١٣٧ نظرية Mancini وأساسها . ١٣٨ الأسباب التي تدعو إلى الأخذ بها . ١٣٩ القيود التي تدخل على النظرية . ١٤٠ تأثير النظرية في التشريعات الأوروبية . ١٤١ الانتقادات التي وجهت إليها . ١٤٢ ملاحظتان مكملتان .

الفصل الثاني : المبادئ العامة في تنازع القوانين في مصر . . ١٤٧

المبحث الأول : النصوص التشريعية وتحليلها

١٤٣ أين توجد النصوص التشريعية . ١٤٤ نظرة عامة إليها . ١٤٥ تقديرها بصفة عامة . ١٤٦ قصصها وعمومها . ١٤٧ كيف يسد النقص ويفسر الغموض . ١٤٨ سر النقص والغموض . ١٤٩ مدى تطبيق جهات الاختصاص المصرية لقواعد تنازع القوانين .

صفحة.

المبحث الثاني : في قواعد تنازع القوانين قبل الاصلاح

١٥٠ المبادئ الشرعية وقواعد تنازع القوانين المصرية . ١٥١ المبادئ الشرعية ونظام الامتيازات . ١٥٢ موازنة بين الحال في الشرق والغرب . ١٥٣ أحكام الاسلام بشأن غير المسلمين . ١٥٤ ما هي شريعة القاضي المسلم . ١٥٥ كيف يقضى في علائق غير المسلمين مع المسلمين ومع بعضهم البعض . ١٥٦ لأي تشريع يخضع المسلم في خارج دار الاسلام . ١٥٧ وصف هذه المبادئ السابقة وصفا وضعيا . ١٥٨ أحكام الاسلام لم تكن متبعة في دار الاسلام بدقة . ١٥٩ ولما أدى التسامح الى ظهور نظام الامتيازات . ١٦٠ أحكام الاسلام في مصر ابان تبعيتها للامبراطورية العثمانية . ١٦١ انشاء المحاكم المختلطة . ١٦٢ انشاء المحاكم الوطنية (الأهلية) . ١٦٣ أثر ذلك في المبادئ الشرعية السابقة . ١٦٤ بم تأثرت المبادئ الجديدة .

المبحث الثالث : كيفية تطبيق القوانين الأجنبية (في مصر)

١٦٥ تركيب قاعدة تنازع القوانين . ١٦٦ القاضي المصري ملزم بتطبيق قاعدة التنازع المصرية . ١٦٧ ويقوم بذلك ولو من تلقاء نفسه . ١٦٨ وعليه عبء بحث الأحكام الموضوعية في التشريع الأجنبي . ١٦٩ رقابة محكمة النقض على العموم . ١٧٠ هذه الرقابة في مصر . ١٧١ قد يكون تطبيق القانون الأجنبي في مصر حاصلا وفقا لأحكام معاهدة أو عادة .

المبحث الرابع : في نظرية الأوصاف القانونية (التكيف)

١٧٢ كيف تعرض مسألة التكيف . ١٧٣ القانون الواجب التطبيق وملاحظات أولية بشأنه . ١٧٤ تاريخ بحث مسألة التكيف . ١٧٥ تعريف التكيف وأهميته . ١٧٦ قواعد التكيف سابقة على قواعد الاسناد . ١٧٧ اختلاف التشريعات بشأن التكيف (وصية الهولندي) . ١٧٨ ما هو القانون الذي يرجع اليه في التكيف . ١٧٩ الأخذ بقانون القاضي وأسباب ذلك (نظرية Bartin) . ١٨٠ القيود التي أضافها الى نظريته . ١٨١ تأثير التكيف في التشريع وتوجيهه . ١٨٢ نطاق الاختلاف في التكيف . ١٨٣ مشكلة التكيف في مصر . ١٨٤ العلة في تعقيدها (الرأي الذي تقول به ورأي القضاء) . ١٨٥ تطبيق نظرية التكيف يقتضى سبق رفع النزاع الى محكمة معينة .

المبحث الخامس^١ : في نظرية الاحالة

١٨٦ كيف تعرض مسألة الاحالة . ١٨٧ أنواع الاحالة . ١٨٨ تعريفها .

صفحة

١٨٩ تاريخها (قضية فورجو) . ١٩٠ أدلة مجدى الاحالة . ١٩١ أدلة ناقدتها .
 ١٩٢ ملاحظات هامة . ١٩٣ نظرية Frankenstein في الاحالة . ١٩٤ الاحالة
 في التشريعات الأجنبية والاتفاقات الدولية . ١٩٥ الاحالة في مصر . ١٩٦ الاحالة
 في البلاد ذات النظام المركب . ١٩٧ الاحالة في القضاء المصرى . ١٩٨ رأى
 الفقه المصرى في الاحالة .

الفصل الثانى : الحلول العملية فى مسائل تنازع القوانين . . ٢٢٣

المبحث الأول : عموميات .

١٩٩ نطاق الأخذ بأحكام القوانين الأجنبية فى مصر وقيوده . ٢٠٠ أهم مجالات
 الأخذ بالتشريعات الأجنبية مسائل الأحوال الشخصية . ٢٠١ المحاكم المختلطة
 والأحوال الشخصية والعلائق القانونية الأخرى . ٢٠٢ تقسيم أحوال الأخذ بالقانون
 الأجنبى فى مصر .

المبحث الثانى : فى تطبيق القانون الشخصى

٢٠٣ القانون الشخصى فى مصر هو قانون الجنسية أو قانون الديانة على حسب
 الأحوال . ٢٠٤ اصطلاح الأحوال الشخصية فى مصر . ٢٠٥ الاصطلاح السابق
 فى فرنسا . ٢٠٦ اختلاف الكتاب بشأن تعريفه . ٢٠٧ الصعوبات فى فرنسا .
 ٢٠٨ الصعوبات فى مصر . ٢٠٩ القضاء المصرى ووضع مقياس للفرقة بين
 الأحوال الشخصية وغيرها . ٢١٠ رأى الذى نشير به . ٢١١ تحديد معنى الحالة .
 ٢١٢ الحالة السياسية والحالة العائلية . ٢١٣ الزواج خاضع للقانون الشخصى .
 ٢١٤ أساس تطبيق القانون الشخصى وحكم موانع الزواج . ٢١٥ مانع اللون
 وفكرة النظام العام فى الزواج . ٢١٦ القضاء الأجنبى وفكرة النظام العام فى
 الزواج . ٢١٧ أساس الأخذ بهذه الفكرة . ٢١٨ القانون المقارن .
 ٢١٩ القانون الشخصى هو الذى يحكم فى الأصل مشكل الزواج فى مصر (حكم
 الزواج الفصلى) . ٢٢٠ ويحكم اثبات الزواج . ٢٢١ القانون الشخصى للزوج
 يحكم آثار الزواج . ٢٢٢ مسألة النفقة (حكم محكمة النقض المصرية) .
 ٢٢٣ تكييف علاقة الزوجية . ٢٢٤ مشارطات الزواج . ٢٢٥ لائى قانون
 تخضع من حيث الموضوع . ٢٢٦ ومن حيث الشكل . ٢٢٧ هل يخضع تقرير
 الدوطة للقانون الشخصى . ٢٢٨ هل يحكم القانون الشخصى عدم قابلية الدوطة
 للتصرف . ٢٢٩ هل يحكم القانون الشخصى رهن المرأة المتزوجة . ٢٣٠ القانون
 الشخصى وانتهاء الزوجية . ٢٣١ القانون المقارن . ٢٣٢ الحكم المتبع فى مصر .

صفحة

٢٣٣ الحكم في حالة اختلاف الجنسية أو الديانة . ٢٣٤ الحكم في حالة التغير الطارىء . ٢٣٥ هل تمتاز ثقة الزوجة المطلقة . ٢٣٦ القانون الشخصى للأب يحكم ثبوت النسب . ٢٣٧ القانون الشخصى يحكم الأهلية . ٢٣٨ الحكم بشأن الأهلية التجارية . ٢٣٩ تلخيص ما تقدم بشأن الأهلية . ٢٤٠ استثناءات بشأن الأهلية . ٢٤١ الأهلية والفقهاء الحديث في فرنسا . ٢٤٢ الموارث خاضعة للقانون الشخصى . ٢٤٣ الحكم السالف بالنسبة للأجانب . ٢٤٤ الموارث والاحالة (اختلاف الدارين) . ٢٤٥ التشريع المقارن . ٢٤٦ القانون الشخصى يحكم الوصايا . ٢٤٧ شكل الوصية بالنسبة للمصريين والأجانب . ٢٤٨ نقد الأحكام التشريعية المصرية . ٢٤٩ حكم استثنائى . ٢٥٠ الاستثناءات غير محصورة . ٢٥١ القانون الذى يحكم وصايا المسيحيين المصريين (حكم محكمة النقض) . ٢٥٢ القانون الشخصى يحكم الوصاية والقوامة (المجالس الحسبية) . ٢٥٣ القانون المقارن . ٢٥٤ القانون الشخصى يحكم الهبة . ٢٥٥ ما حكم المفقود . ٢٥٦ القانون الشخصى يحكم الالتزامات التعاقدية عند اتحاد الجنسية . ٢٥٧ ولكن هل يحكم الالتزامات شبه التعاقدية ؟ ٢٥٨ وكذلك هل يحكم عيوب الرضا ؟

المبحث الثالث : في تطبيق القانون المحلى La Loi Locale

٢٥٩ المراد باصطلاح القانون المحلى وأساس تطبيقه . ٢٦٠ الاصطلاح في التشريع المصرى . ٢٦١ تقسيم أحوال تطبيق القانون المحلى . ٢٦٢ (١) شكل التصرفات القانونية وقاعدة خضوع التصرف لقانون بلد ابرامه . ٢٦٣ القانون المقارن . ٢٦٤ تاريخ قاعدة Loos . ٢٦٥ أساس القاعدة . ٢٦٦ معنى الشكل وتحديدده . ٢٦٧ نطاق القاعدة في القانون المصرى . ٢٦٨ الخلاف حول طبيعة القاعدة . ٢٦٩ الاستثناءات التى ترد عليها . ٢٧٠ نقدها . ٢٧١ (٢) المسئولية التقصيرية والقانون الذى يحكمها . ٢٧٢ أسباب الأخذ بهذا القانون . ٢٧٣ (٣) قواعد القانون الخاص المنظمة لبعض المهن ومتى يرجع فيها للقانون المحلى . ٢٧٤ القانون المقارن . ٢٧٥ مستقبل التشريع المصرى .

المبحث الرابع : في تطبيق قانون موقع المال (القانون الاقليمى)

٢٧٦ تقسيم الأموال . ٢٧٧ النصوص التشريعية المصرية . ٢٧٨ نطاق تطبيق قانون موقع العقار . ٢٧٩ أساس تطبيقه . ٢٨٠ التنازع في مصر . ٢٨١ القضاء في مصر . ٢٨٢ قانون موقع المتقول في مصر والصعوبات التى تثار بشأنه . ٢٨٣ التنازع بين قانون الموقع القديم وقانون الموقع الجديد . ٢٨٤ تدخل فكرة النظام العام . ٢٨٥ الحكم بالنسبة للملكية الأدبية والفنية . ٢٨٦ الحكم بالنسبة للديون .

صفحة

المبحث الخامس : في تطبيق قانون ارادة المتعاقدين

٢٨٧ تمهيد . ٢٨٨ أساس الأخذ بقانون ارادة المتعاقدين . ٢٨٩ حالة القضاء
المصرى في هذا الشأن . ٢٩٠ تاريخ الأخذ بمبدأ كفاية الارادة . ٢٩١ التفرقة
بين النصوص الآمرة والخيرية في العلائق القانونية الأجنبية . ٢٩٢ مجال الأخذ
بقانون ارادة المتعاقدين . ٢٩٣ وجوب الأخذ بالارادة الضمنية . ٢٩٤ ما حكم
الارادة المفترضة . ٢٩٥ هل يخضع العقد لقانون واحد . ٢٩٦ حكم التعاقد
بالمراسلة . ٢٩٧ حكم التعاقد بوكيل . ٢٩٨ قانون ارادة المتعاقدين والالتزامات
شبه التعاقدية . ٢٩٩ حكم الالتزامات القانونية .

الفصل الرابع : في موانع تطبيق القانون الأجنبي ٣٣٠

تمهيد

٣٠٠ مؤدى هذه الموانع .

المبحث الأول : في النظام العام

٣٠١ غموض فكرة النظام العام وكثرة الخلافات بشأنها . ٣٠٢ فكرة النظام
العام في المحاكم المصرية . ٣٠٣ النظام العام والاسلام . ٣٠٤ شروط الأخذ
بفكرة النظام العام في مصر . ٣٠٥ النظام العام المصرى والمحاكم القنصلية .
٣٠٦ أساس الأخذ بفكرة النظام العام على العموم . ٣٠٧ تعريف النظام العام .
٣٠٨ مظهر الفكرة . ٣٠٩ تاريخها . ٣١٠ طبيعتها (نظرية Savigny) .
٣١١ نظرية Bartin . ٣١٢ نظرية Mancini . ٣١٣ نظرية Pillet .
٣١٤ تلخيص ما تقدم . ٣١٥ الخلاف حول نطاق الفكرة . ٣١٦ ضرورة
الرجوع الى أحكام المحاكم وبخاصة في مصر . ٣١٧ آثار الأخذ بالنظام العام .
٣١٨ هل يستفيد الأجنبي من الأخذ بفكرة النظام العام . ٣١٩ اصطلاح النظام العام .

المبحث الثانى : في الغش نحو القانون

٣٢٠ الخلاف حول التسمية . ٣٢١ مؤدى الفكرة (تغيير الديانة في مصر) .
٣٢٢ العلاقة بينها وبين فكرة النظام العام . ٣٢٣ تشابه الفكرة مع غيرها .
٣٢٤ مجذو وناقذو الفكرة . ٣٢٥ مسلك القضاء .

المبحث الثالث : في المصلحة الوطنية

٣٢٦ مقتضاها . ٣٢٧ أصلها . ٣٢٨ هل يمكن الأخذ بها في مصر .

صفحة

الفصل الخامس : النظريات الحديثة في تنازع القوانين . . . ٣٦٣

تمهيد

٣٢٩ الحركة الفقهية الحديثة وضرورة الاصلاح والتفج . ٣٣٠ الحركة الفقهية الحديثة في فرنسا . ٣٣١ أم النظريات الفرنسية الحديثة . ٣٣٢ غيرها من النظريات المعاصرة .

المبحث الأول : في نظرية الأستاذ Pillet

٣٣٣ اسمها . ٣٣٤ قواعد تنازع القوانين دولية . ٣٣٥ تنازع القوانين تنازع بين السيادةات . ٣٣٦ خصائص التشريع الداخلي . ٣٣٧ الغرض الاجتماعي من القانون . ٣٣٨ وسيلة الوقوف عليه . ٣٣٩ تقدير النظرية . ٣٤٠ علاقة النظرية بنظرية D'Argentré . ٣٤١ الموازنة بين النظرية وبعض النظريات الأخرى . ٣٤٢ فكرة احترام الحقوق المكتسبة عند Pillet . ٣٤٣ تمدها .

المبحث الثاني : في نظرية الأستاذ Bartin

٣٤٤ تحليل النظم القانونية وتقسيمها .

المبحث الثالث : في نظرية الأستاذ Frankenstein

٣٤٥ الاسناد الطبيعي والاسناد الحكمي .

الكتاب الثاني

في

تنازع الاختصاص

تمهيد ٣٨٠

٣٤٦ موازنة بين قواعد تنازع الاختصاص وقواعد تنازع القوانين .
٣٤٧ الاختصاص العام والاختصاص الخاص . ٣٤٨ تقسيم .

الفصل الأول : في الاختصاص العام ٣٨٣

٣٤٩ النصوص التفسيرية . ٣٥٠ ملاحظات عامة بشأنها . ٣٥١ الاختصاص بالنسبة للشركات الأجنبية . ٣٥٢ الشركات التي تراول كل أعمالها في مصر .

صفحة

٣٥٣ الاختصاص والأجانب الذين غادروا الأقطار المصرية . ٣٥٤ هل يشترط وجود الأجنبي من قبل . ٣٥٥ هل يشترط أن يكون رافع الدعوى مصرياً .
 ٣٥٦ الاختصاص الخاص بالنسبة للأحوال السابقة . ٣٥٧ الاختصاص العام في المواد التجارية . ٣٥٨ الاختصاص العام والدعوى العقارية . ٣٥٩ قيود الاختصاص العام . ٣٦٠ الدفوع الفرعية والاختصاص العام . ٣٦١ الاختصاص العام وتغير الجنسية .

الفصل الثاني : في قواعد المرافعات ٤٠٥

٣٦٢ لأى قانون تخضع قواعد المرافعات . ٣٦٣ أساس الأخذ بهذا القانون .
 ٣٦٤ بعض فوارق . ٣٦٥ تحديد المراد بقواعد المرافعات (الاثبات) . ٣٦٦ قوة الحكم المصرى .

الفصل الثالث : في آثار الأحكام والسندات الأجنبية ٤١٤

تمهيد

٣٦٧ النصوص التفسيرية (تقسيم) .

المبحث الأول : في تنفيذ الأحكام الأجنبية وما يلحق بها

٣٦٨ معنى الحكم الأجنبي المراد تنفيذه . ٣٦٩ شروط التنفيذ (الشروط الخارجية) . ٣٧٠ عبء اثبات هذه الشروط . ٣٧١ الجهة المختصة في التصريح المختلط . ٣٧٢ الجهة المختصة في التصريح الأهلى . ٣٧٣ سلطة الجهة المختصة .
 ٣٧٤ معنى شرط التبادل وتطبيقه . ٣٧٥ نطاق التبادل . ٣٧٦ هل يتناول التبادل الشروط الخارجية . ٣٧٧ رأينا . ٣٧٨ نقد نظام التبادل . ٣٧٩ آثار اعطاء الأمر بالتنفيذ . ٣٨٠ أحكام المحكمين وقيمتها . ٣٨١ أحكام المحكمين في مصر . ٣٨٢ هل يتبع في تنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية الشروط السالفة .
 ٣٨٣ المجهودات الدولية في هذا الشأن . ٣٨٤ السندات الرسمية الأجنبية وقوتها .

المبحث الثانى : في الآثار الأخرى للأحكام الأجنبية وما يلحق بها

٣٨٥ هل يتمتع الحكم الأجنبي بحجة الشيء المحكوم به وقوته . ٣٨٦ حكم اشهار الافلاس . ٣٨٧ الحل المتبع في مصر بشأن حجة الأحكام الأجنبية .
 ٣٨٨ قوة اثبات الحكم الأجنبي في مصر . ٣٨٩ أحكام المحكمين والسندات الأجنبية .

المبحث الثالث : في الاتفاقات الخاصة بتنفيذ الأحكام الأجنبية

٣٩٠ الاتفاق مع حكومة السودان ومع فلسطين .

الكتاب الثالث

في

الجنسية المصرية والموطن والدين

تمهيد ٤٥٤

٣٩١ العلاقة بين الجنسية والموطن والدين ومسائل تنازع القوانين .

الفصل الاول : في الجنسية المصرية ٤٥٦

المبحث الأول : مبادئ أولية

٣٩٢ الحركة التشريعية والفقهية في مسائل الجنسية . ٣٩٣ ما هو المراد بالجنسية .
٣٩٤ تحليل التعريفات . ٣٩٥ الجنسية والأشخاص المعنوية . ٣٩٦ ما هي أهمية
الجنسية . ٣٩٧ اصطلاحات في الجنسية . ٣٩٨ هل تدخل الجنسية ضمن القانون
العام أو ضمن القانون الخاص . ٣٩٩ المبادئ الأساسية في الجنسية . ٤٠٠ قيود
التشريع في مسائل الجنسية . ٤٠١ مبدأ عدم تعدد الجنسيات . ٤٠٢ ضرورة
استبعاد حالات اللاجنسية . ٤٠٣ ضرورة الادلاء ببعض بيانات تاريخية عن
الجنسية . ٤٠٤ الجنسية والاسلام . ٤٠٥ أدوار الجنسية المصرية .

المبحث الثاني : في شرح أحكام مرسوم بقانون سنة ١٩٢٩

٤٠٦ ضرورة صدور قانون للجنسية المصرية . ٤٠٧ علة صدور قانون الجنسية في
شكل مرسوم بقانون . ٤٠٨ تاريخ تنفيذ قانون الجنسية المصري . ٤٠٩ موضع
الأحكام الوقتية في قانون الجنسية . ٤١٠ الصعوبات التي صادفت وضع قانون
الجنسية .

(١) الجنسية المصرية الأصلية

٤١١ الجنسية الأصلية في حكم التشريع المصري . ٤١٢ أمس التشريع في الجنسية
الأصلية (مذهب حق الدم) . ٤١٣ مذهب حق الاقليم . ٤١٤ التشريع

صفحة

المقارن . ٤١٥ مذهب المشرع المصرى . ٤١٦ الجنسية الأصلية بناء على حق الدم . ٤١٧ الوقت المعتبر في تحديد جنسية الأب . ٤١٨ ثبوت نسب الولد لأمه . ٤١٩ جنسية الولد لأب لا جنسية له . ٤٢٠ الجنسية المصرية على أساس حق الاقليم . ٤٢١ جنسية الولد لوالدين مجهولى الجنسية . ٤٢٢ جنسية الولد اللقيط . ٤٢٣ جنسية من ولد في مصر وينتسب لغالبية السكان في بلد لغته العربية أو دينه الاسلام . ٤٢٤ شروط اكتساب الجنسية المصرية في هذه الحالة وحكم الانتفاقات الدولية . ٤٢٥ القيد الذي تقول به . ٤٢٦ ملاحظتان هامتان . ٤٢٧ حق الأولاد الأجانب المولودين في مصر في اكتساب الجنسية المصرية . ٤٢٨ الشروط اللازم توافرها . ٤٢٩ التكيف القانوني لاكتسابهم الجنسية المصرية . ٤٣٠ رأينا الخاص .

(ب) في تنظيم الانفصال بين الجنسية المصرية الحديثة والجنسية العثمانية القديمة

٤٣١ اقطاع العلاقة بين مصر وتركيا في ٥ نوفمبر ١٩١٤ . ٤٣٢ أثر الانفصال في الجنسية . ٤٣٣ الرعوية المحلية . ٤٣٤ من هم الرعايا المحليون . ٤٣٥ الأمر العالي الصادر في ٢٩ يونيو ١٩٠٠ . ٤٣٦ مجلس النواب والرعوية المحلية . ٤٣٧ قانون الجنسية الأخير والأمر العالي السالف . ٤٣٨ فقرات الأمر العالي . ٤٣٩ الفرق بين الرعوية المحلية والجنسية المصرية . ٤٤٠ كيف تطبق شروط الأمر العالي وفقا لأحكام قانون الجنسية . ٤٤١ العثمانيون الذين يقيمون في مصر في ٥ نوفمبر ١٩١٤ ودخولهم الجنسية المصرية بقوة القانون وفقا لأحكام قانون ١٩٢٦ وقانون ١٩٢٩ . ٤٤٢ أعضاء الأسرة المالكة . ٤٤٣ تحفظات على الجنسية المصرية بحكم القانون . ٤٤٤ الشروط اللازم توافرها للخروج من الجنسية المكتسبة على الوجه السالف . ٤٤٥ تقسيم . ٤٤٦ العثمانيون الذين جعلوا اقامتهم العادية في مصر بعد ٥ نوفمبر ١٩١٤ . ٤٤٧ شروط اكتسابهم الجنسية المصرية . ٤٤٨ العثمانيون الذين كانوا يقيمون عادة في مصر في ٥ نوفمبر ١٩١٤ ولم يحافظوا على الإقامة حتى تاريخ نشر هذا القانون . ٤٤٩ اجراءات منحهم الجنسية المصرية . ٤٥٠ تلخيص . ٤٥١ دخول الجنسية المصرية يقتضى الأحكام السابقة يشمل الزوجة والأولاد القصر بحكم القانون . ٤٥٢ ما المقصود بعبارة الرعايا العثمانيين . ٤٥٣ آثار الاختيار المشار اليه في المادة الرابعة من قانون ١٩٢٦ .

(ج) التجنس

٤٥٤ النصوص التشريعية . ٤٥٥ تعريف التجنس وعناصره . ٤٥٦ تاريخ

صفحة

التجنس في مصر . ٤٥٧ أهمية التجنس . ٤٥٨ أساس التجنس وشروطه .
٤٥٩ هل يشترط في سنوات الإقامة أن تكون متوالية ، تقصير المدد .
٤٦٠ الاجراءآت الشكلية في التجنس . ٤٦١ هل يشترط أن يتنازل طالب
التجنس عن جنسيته . ٤٦٢ كيف تمنح الجنسية المصرية عن طريق التجنس .
٤٦٣ آثار التجنس فردية وجمعية .

(د) تأثير الزواج في الجنسية

٤٦٤ نص المادة ١٤ . ٤٦٥ المشرع المصري والمذهب التقليدي . ٤٦٦ تطور
هذا المبدأ . ٤٦٧ يشترط انعقاد الزواج صحيحا . ٤٦٨ النظام العام واكتساب
الجنسية عن طريق الزواج . ٤٦٩ حالة المرأة الأجنبية التي تزوج من مصري
وحالة المرأة المصرية التي تزوج من أجنبي . ٤٧٠ استرداد الزوجة لجنسيتها
الأصلية .

(هـ) فقد الجنسية المصرية

٤٧١ النصوص التشريعية . ٤٧٢ تاريخ مبدأ فقد الجنسية . ٤٧٣ أحوال فقد
الجنسية المصرية . ٤٧٤ ملاحظات .

(و) استرداد الجنسية المصرية

٤٧٥ أحوال استرداد الجنسية المصرية .

(ز) اثبات الجنسية المصرية

٤٧٦ أهمية اثبات الجنسية . ٤٧٧ قرينة الجنسية المصرية . ٤٧٨ كيف ثبت
الجنسية المصرية . ٤٧٩ قيمة شهادة القنصلية . ٤٨٠ قوة الشيء المحكوم فيه
والأحكام الصادرة في الجنسية . ٤٨١ طرق اثبات الجنسية المصرية . ٤٨٢ أحوال
خاصة .

(ح) تنازع القوانين في مسائل الجنسية

٤٨٣ تمهيد . ٤٨٤ أمثلة التنازع . ٤٨٥ طرق مفاداة التنازع . ٤٨٦ كيفية
الفصل في التنازع الايجابي والتنازع السلبي .

(ط) الاتفاقات بشأن الجنسية

٤٨٧ الغرض من هذه الاتفاقات . ٤٨٨ مؤتمر لاهاي ١٩٣٠ . ٤٨٩ محتويات

صفحة

الاتفاق السالف . ٤٩٠ هل وضع هذا الاتفاق موضع التنفيذ . ٤٩١ الاتفاقات التي عقدتها مصر . ٤٩٢ كيفية تحديد جنسية أهالي البلاد المنضمة .

الفصل الثاني : في الوطن ٥٩٠

٤٩٣ الدراسات بشأن الوطن . ٤٩٤ النصوص التشريعية المصرية . ٤٩٥ تحديد معنى الوطن في القانون الداخلي . ٤٩٦ معنى الوطن في القانون الدولي الخاص . ٤٩٧ أهمية الوطن . ٤٩٨ أهمية الوطن في البلاد الانجلوساكسونية . ٤٩٩ هل يدخل الوطن ضمن القانون العام . ٥٠٠ أحكام الوطن في إنجلترا . ٥٠١ كيف يتعين موطن الشخص . ٥٠٢ أي القانونين أولى بحكم الأحوال الشخصية أ قانون الجنسية أم قانون الوطن .

الفصل الثالث : في الدين ٦٠٣

٥٠٣ القانون الديني في مصر . ٥٠٤ النصوص التشريعية . ٥٠٥ مساوىء الحال الحاضرة . ٥٠٦ المرسوم بقانون رقم ٤٠ لسنة ١٩٣٦ . ٥٠٧ الأحكام الموضوعية في المرسوم . ٥٠٨ قواعد المرافعات . ٥٠٩ اختصاص المحاكم الأهلية في مسائل الأحوال الشخصية لطوائف غير المسلمين . ٥١٠ محكمة تنازع الاختصاص . ٥١١ تلخيص وملاحظات . ٥١٢ اكتساب الديانة . ٥١٣ تغيير الديانة وآثاره . ٥١٤ الغش وتغيير الديانة .

الكتاب الرابع

في

حالة الأجانب

الفصل الأول : مبادئ عمومية ٦٢٢

٥١٥ ضرورة التمييز بين الوطنيين والأجانب . ٥١٦ المقصود من دراسة حالة الأجانب . ٥١٧ الحقوق التي يتمتع بها الأجانب . ٥١٨ التطور التاريخي في هذا الموضوع . ٥١٩ اتجاه التشريعات الحالية . ٥٢٠ المؤتمرات الدولية الخاصة بتنظيم حالة الأجانب .

الفصل الثاني : في حالة الأجانب الممتازين في مصر ٣٦٠

٥٢١ النصوص التشريعية . ٥٢٢ معاهدات الامتيازات في مصر . ٥٢٣ الدول صاحبات الامتياز . ٥٢٤ تقسيم .

المبحث الأول : في تاريخ الامتيازات الأجنبية

٥٢٥ مبدأ شخصية القوانين وتقرير الامتيازات في أنحاء العالم . ٥٢٦ الصريفة الاسلامية ونظام الامتيازات . ٥٢٧ تجديد معاهدات الامتيازات والامتياز الأكبر . ٥٢٨ الباب العالي يقرر الامتيازات لجانب كبير من الدول المسيحية . ٥٢٩ صبغة المعاهدات المقررة للامتيازات وسعى الباب العالي للتخلص منها (مؤتمر لوزان ١٩٢٣) . ٥٣٠ بقاء نظام الامتيازات في مصر .

المبحث الثاني : في أساس الامتيازات الأجنبية

٥٣١ الخلاف حول معرفة أساسها . ٥٣٢ رأى يقول بأن أساسها تجارى . ٥٣٣ ورأى يقول بأن أساسها اختلاف الدين . ٥٣٤ رأينا الخاص .

المبحث الثالث : في نطاق الامتيازات الأجنبية

٥٣٥ نطاق الامتيازات متغير . ٥٣٦ محتويات نصوص الامتيازات . ٥٣٧ امتياز الإقامة والتنقل . ٥٣٨ حق الابعاد . ٥٣٩ حرمة السكن . ٥٤٠ حرية التجارة . ٥٤١ الحرية الدينية . ٥٤٢ تحليل . ٥٤٣ مركز الأجانب من وجهة القانون الخاص . ٥٤٤ اختصاص المحاكم الفصلية بموجب الامتيازات . ٥٤٥ حق تملك الأجانب للعقارات . ٥٤٦ نظام الامتيازات الأصلي والعرف . ٥٤٧ التطور في مصر . ٥٤٨ اضرار النظام السالف . ٥٤٩ الشاء مجالس التجار . ٥٥٠ علائق الأجانب المدنية مع الحكومة . ٥٥١ المحاكم الفصلية والجرائم التي يرتكبها الأجانب . ٥٥٢ محاولة تفسير الوضع السابق . ٥٥٣ محاولة الاصلاح وانشاء المحاكم المختلطة . ٥٥٤ مزاياء الشاء المحاكم المختلطة . ٥٥٥ الاختصاص الجنائي للمحاكم المختلطة . ٥٥٦ تلخيص . ٥٥٧ نظرية الإصلاح المختلط . ٥٥٨ المادة ١٢ من لائحة ترتيب المحاكم المختلطة . ٥٥٩ التعديلات التشريعية في المسائل الجنائية . ٥٦٠ المحاكم المختلطة والأعمال الادارية . ٥٦١ أزمات المحاكم المختلطة . ٥٦٢ الامتياز المالى . ٥٦٣ أساسه . ٥٦٤ ضرورة موافقة الدول على فرض ضرائب . ٥٦٥ التكييف القانوني الصحيح للوضع السابق . ٥٦٦ الامتياز المالى والنظام الجرمي . ٥٦٧ الضرائب غير المباشرة . ٥٦٨ تلخيص .

صفحة

الفصل الثالث : أصحاب الحماية ٦٨٥

٥٦٩ تعريف الحماية . ٥٧٠ تاريخ هذا النظام . ٥٧١ أنواع الحماية .
 ٥٧٢ نظام الحماية والفرعية الاسلامية . ٥٧٣ اساءة استعمال نظام الحماية .
 ٥٧٤ التقسيم الذى أوجده قانون سنة ١٨٦٣ . ٥٧٥ آثار الحماية . ٥٧٦ كيفية
 ثبوتها . ٥٧٧ كيفية انتهائها .

الفصل الرابع : فى حالة الأجانب غير المتنازعين فى مصر ٦٩٥

٥٧٨ تمهيد . ٥٧٩ اختلاف معاملتهم . ٥٨٠ النصوص التشريعية والمعاهدات
 فى هذا الشأن . ٥٨١ المركز الفعلى للأجانب غير المتنازعين من وجهة الحقوق
 العامة . ٥٨٢ معاملة رعايا بعض هذه الدول (السويسريون والألمان والنمسيون
 والرومانيون) . ٥٨٣ مركز من عدمه . ٥٨٤ المركز الفعلى للأجانب غير
 المتنازعين من وجهة الحقوق الخاصة . ٥٨٥ ملاحظتان هامتان . ٥٨٦ الأجانب
 غير المتنازعين والامتياز المالى . ٥٨٧ مركز العاطلين عن الجنسية .
 ٥٨٨ المجهودات الدولية بشأنهم . ٥٨٩ العاطلون عن الجنسية والحقوق العامة
 والخاصة . ٥٩٠ خضوعهم للاختصاص الجنائى الأهلى .

الفصل الخامس : فى الأشخاص المعنوية الأجنبية ٧٠٥

٥٩١ تمهيد . ٥٩٢ خطورة الأشخاص المعنوية . ٥٩٣ نقط البحث . ٥٩٤ متى
 يعتبر الشخص المعنوى أجنبيا . ٥٩٥ مقياس المشرع المصرى . ٥٩٦ صعوبة
 وضع مقياس . ٥٩٧ نطاق الأخذ بالقانون الأجنبى . ٥٩٨ هل يعترف بالشخص
 الأجنبى فى مصر . ٥٩٩ ماهو مدى الاعتراف بالشخص المعنوى الأجنبى فى مصر .

الفصل السادس : فى مصير نظام الامتيازات ٧١٧

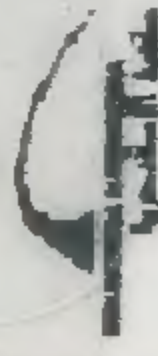
٦٠٠ مصير هذا النظام الزوال المحتمى . ٦٠١ ضمانات الأجانب . ٦٠٢ مطالب
 المصريين . ٦٠٣ نظام الامتيازات نظام عتيق . ٦٠٤ تغير الظروف .
 ٦٠٥ مساوىء النظام فى الوقت الحاضر .

ملحق الكتاب ٧٢٥

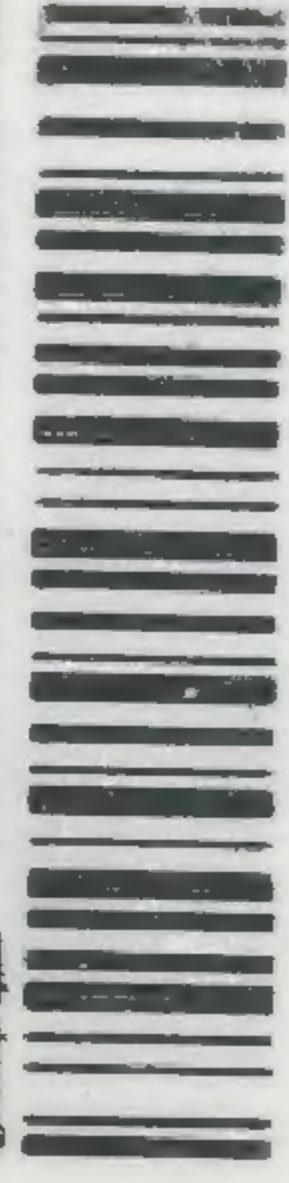
اصلاح خطأ

صفحة	سطر	خطأ	صواب
١٤٨	١٥	للزواج	بالزواج
١٤٨	١٦	بالوصايا	بالوصاية والقوامة
١٥١	٥	المادة ١٣٠	المادة ١٩٠
١٥١	٧	المادة ١٩٠	المادة ١٣٠
١٨٠	٣	المادة ٧٨ م . م	المادة ٤ م . م
٢٠٧	١٤	لا بد من وجوده	لا بد من وجوده عادة
٢٢٨	١	في المواد ٧٧	في المواد ٥٥
٢٣٧	٢ هامش	فحسب ad solemnitate	فحسب ad probationem ad solemnitate
٢٤٠	١٠ هامش	بمعل ادارى	بقرار ادارى
٣١٤	٦	ببلد ثابت	ببلد ثالث
٣١٦	٧	وأستلفت	وألفت
٤٨٨	١١	رفضه به	رفضه
٥٥٦	٦ هامش	فعلها	عليها
٥٦٣	١ هامش	قد يكونوا	قد يكونون
٦٣٩	٨	١٥٦٧	١٥٨٧
٦٥٣	١	برية	نهرية
٦٨٠	١ هامش	راجعوا	راجع

ولا جدال في وجود بعض أخطاء أخرى ولكن من السهل تداركها



Bibliotheca Alexandrina



0588513